

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

JUSTICE TRANSITIONNELLE ET RESPONSABILITÉS POUR CRIMES DE
GÉNOCIDE: COMPLÉMENTARITÉ OU CONTRADICTION?

MÉMOIRE

PRÉSENTÉ

COMME EXIGENCE PARTIELLE

DE LA MAÎTRISE EN DROIT INTERNATIONAL

PAR

ABOUBACAR DAKUYO

JANVIER 2014

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL
Service des bibliothèques

Avertissement

La diffusion de ce mémoire se fait dans le respect des droits de son auteur, qui a signé le formulaire *Autorisation de reproduire et de diffuser un travail de recherche de cycles supérieurs* (SDU-522 – Rév.01-2006). Cette autorisation stipule que «conformément à l'article 11 du Règlement no 8 des études de cycles supérieurs, [l'auteur] concède à l'Université du Québec à Montréal une licence non exclusive d'utilisation et de publication de la totalité ou d'une partie importante de [son] travail de recherche pour des fins pédagogiques et non commerciales. Plus précisément, [l'auteur] autorise l'Université du Québec à Montréal à reproduire, diffuser, prêter, distribuer ou vendre des copies de [son] travail de recherche à des fins non commerciales sur quelque support que ce soit, y compris l'Internet. Cette licence et cette autorisation n'entraînent pas une renonciation de [la] part [de l'auteur] à [ses] droits moraux ni à [ses] droits de propriété intellectuelle. Sauf entente contraire, [l'auteur] conserve la liberté de diffuser et de commercialiser ou non ce travail dont [il] possède un exemplaire.»

REMERCIEMENTS

Je tiens tout d'abord à exprimer mes plus sincères remerciements à l'UQÀM, au directeur des études supérieures en droit, le professeur Pierre Bosset, à l'ensemble du corps professoral, à la bibliothèque des sciences juridiques et à l'association des étudiants du cycle supérieur en droit, pour leur disponibilité, leur soutien pédagogique et moral.

Mes remerciements vont aussi tout particulièrement au professeur Bruce Broomhall, mon directeur, qui a toujours été de très bon conseil et qui a su m'encourager et me guider tout au long de ce projet. À chaque rencontre, son enthousiasme me donnait un regain d'énergie. Aussi, ses commentaires éclairants ainsi que les discussions que nous avons eues m'ont permis d'approfondir mes réflexions sur ce sujet. J'aimerais également remercier les commentateurs et examinateurs de ce mémoire, le professeur Bernard Duhaim, le professeur François Roch et la professeure Anne Sarris, pour leurs commentaires constructifs et le temps qu'ils ont consacré à mon travail.

Je tiens finalement à remercier Mlle Vadel Fabienne Ouedraogoet Mr. Salamane Yameogo pour leur soutien inestimable. À mon frère Soumaila Dakuo, son épouse Dakuo Aissata W. Hélène Tamboura, ainsi que mes neveux Éthan et Shanonne, je témoigne toute ma reconnaissance pour leur soutien inconditionnel moral et effectueux tout au long de ce travail. À mon Pasteur, Henriot Cléophat, son épouse Marie-Monique Cléophat, à leur famille, ainsi qu'à l'ensemble des membres de Rocher d'eau-vive, je vous remercie pour votre soutien multiforme depuis le début de cette maîtrise, jusqu'à son achèvement.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS.....	II
LISTE DES ABRÉVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES.....	V
RÉSUMÉ	VII
INTRODUCTION	1

CHAPITRE I

LE CADRE HISTORIQUE ET JURIDIQUE DU CRIME DE GÉNOCIDE	29
---	----

1.1 L'historique du crime de génocide et sa définition	29
1.1.1. Les génocides au XXème siècle et le développement du crime de génocide.....	29
1.1.2. Les éléments constitutifs du génocide	36
1.1.3. Les groupes visés par le génocide.....	42
1.1.4. Les infractions voisines du crime de génocide	45
1.1.5. Les génocides perpétrés après 1948.....	52
1.2 La particularité et les responsabilités du génocide en droit international.....	58
1.2.1 La particularité du crime de génocide en droit international	58
1.2.2 Les responsabilités pénale individuelle et internationale étatique pour crime de génocide.....	63
1.3 Conclusion du chapitre I.....	71

CHAPITRE II

LE CADRE HISTORIQUE ET NORMATIF DE LA JUSTICE TRANSITIONNELLE	73
---	----

2.1 L'évolution historique de la notion de « justice transitionnelle ».....	73
2.2 La nature juridique des mesures de la justice transitionnelle.....	87
2.2.1 Le droit de savoir.....	91
2.2.2 Le droit à la justice	101
2.2.3 Le droit à la réparation	113
2.2.4 Le droit aux garanties de non-renouvellement	119
2.3 Conclusion du chapitre II	121

CHAPITRE III

LES RELATIONS ENTRE LES MÉCANISMES DE JUSTICE TRANSITIONNELLE ET LES RESPONSABILITÉS POUR CRIMES DE GÉNOCIDE EN EX-YOUGOSLAVIE ET AU RWANDA.....	123
--	-----

3.1 L'adéquation des mécanismes de justice transitionnelle avec les responsabilités pour crimes de génocide.....	123
3.1.1 L'adéquation dans le contexte de l'ex-Yougoslavie	123
3.1.2 L'adéquation dans le contexte du Rwanda	146
3.2 L'inadéquation des mécanismes de justice transitionnelle avec les responsabilités pour crimes de génocide.....	156
3.2.1 Les contradictions dues aux incohérences de la justice pénale punitive	156
3.2.2 Les contradictions liées à l'objectif de réconciliation	165
3.3 Conclusion du chapitre III	171
CONCLUSION	172
BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE	178

LISTE DES ABRÉVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES

ADN	Acide désoxyribonucléique
AGNU	Assemblée générale des Nations Unies
AI	Amnesty international
CADHP	Commission africaine des droits de l'Homme et des Peuples
CDI	Commission du droit international
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CIDH	Commission interaméricaine des droits de l'Homme
CIJ	Cour internationale de justice
CPI	Cour pénale internationale
CPJI	Cour permanente de justice internationale
CVR	Commission vérité et réconciliation
DIDP	Droit international des droits de la personne
DIH	Droit international humanitaire
DIP	Droit international public
DPI	Droit pénal international
FEDEFAM	Fédération latino américaine des associations de familles de detnus disparus
GTDFI	Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires
HRW	Human rights watch
ICMP	International commission for missing persons
OEA	Organisation des États américains
ONG	Organisation non gouvernementales
PDS	Parti démocrate serbe

PIDCP	Pacte international sur les droits civils et politiques
PIDESC	Pacte international sur les économiques, sociaux et culturelles
SIJADEP	Secrétariat international pour l'amnistie et la démocratie au Paraguay
SIJAU	Secrétariat international de juristes pour l'amnistie en Uruguay
TMI	Tribunal militaire international
TPIR	Tribunal pénal international pour le Rwanda
TPIY	Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie
TRC	Truth and reconciliation commission
URSS	Union des républiques socialistes soviétiques

RÉSUMÉ

Ce mémoire s'inscrit de façon générale dans la problématique de la justice transitionnelle et les responsabilités pour les crimes internationaux. Il met particulièrement en relation la justice transitionnelle avec les responsabilités pour crimes de génocide dans les contextes de l'ex-Yougoslavie et du Rwanda. En partant d'une brève historique de la justice transitionnelle, l'auteur démontre que quoique les quatre mesures de la justice transitionnelle à savoir: le droit à la vérité, le droit à la justice, le droit à la réparation et le droit aux garanties de non-répétition, visent toutes, la lutte contre l'impunité des crimes internationaux, leur objectif premier reste avant tout, la réconciliation et la paix. Quant au génocide, l'auteur situe la commission de crimes de cette nature longtemps avant la Deuxième Guerre mondiale. Toutefois, il montre que l'extrême cruauté du génocide n'a véritablement attiré l'attention de l'humanité que seulement lors de cette guerre. Aussi, l'autonomie juridique de ce crime n'a été consacrée qu'avec l'adoption de la Convention du 9 décembre 1948 sur la prévention et la répression du crime de génocide. Pour la première fois, le génocide acquiert le statut de crime du droit international et son interdiction est très rapidement reconnue comme une règle de *jus cogens*, c'est-à-dire, une norme à laquelle aucune dérogation n'est permise. La réflexion de l'auteur vise à montrer, dans une approche positiviste, comment s'arrime la finalité de réconciliation et de paix des mécanismes de justice transitionnelle avec les responsabilités pour crimes de génocide.

Pour ce faire, il démontre dans un premier temps, qu'il existe une certaine complémentarité entre la justice transitionnelle et les responsabilités pénales individuelles et internationales étatiques pour crimes de génocide. Il explique cette position par le constat que même en période transitionnelle de l'ex-Yougoslavie et du Rwanda, les responsabilités pénales individuelles et internationales étatiques furent engagées. Dans un second temps, l'auteur soutient que certaines contradictions demeurent tout de même dans la relation entre la justice transitionnelle et les responsabilités pour crimes de génocide. Il souligne à cet égard, d'une part, des incohérences liées au système de justice pénale punitive, notamment lorsqu'il s'agit de punir des crimes de masse comme le génocide, et d'autre part, des contradictions inhérentes aux objectifs de réconciliation et de paix dévolus aux mécanismes de justice transitionnelle.

Mots clés: Justice transitionnelle - Droit à la vérité - Droit à la justice - Droit aux réparations - Droit aux garanties de non-répétition - réconciliation/paix - génocide - Responsabilité pénale individuelle - Responsabilité internationale étatique.

INTRODUCTION

Depuis la fin de la Deuxième Guerre mondiale, certaines violations graves des droits de la personne¹ ont toujours été au centre des préoccupations de la communauté internationale. Ces questions remontent en effet aux procès des tribunaux militaires internationaux (ci-après: T.M.I.)²: le premier établi à Nuremberg pour juger les « criminels de l'Axe », dont principalement les plus hauts responsables du régime Nazi ; et le second à Tokyo, chargé de juger les criminels japonais³. Les T.M.I. n'étaient pas les premiers tribunaux pénaux internationaux de l'histoire. En effet, on peut citer le procès et la condamnation de Peter von Hagenbach en 1474 à Breisach en Allemagne par 27 juges du Saint-Empire. Aussi, peut-on signaler la tentative de poursuite contre Kaiser Wilhelm II après la Première Guerre mondiale, selon l'article 227 du Traité de Versailles. Mais Kaiser s'enfuit et trouva refuge aux Pays-Bas et les alliés, par manque de volonté, abandonnèrent l'idée de le poursuivre⁴. En outre,

¹ Dans le présent mémoire, l'expression « droits de la personne », fait uniquement allusion aux droits de la personne physique. Il n'est point fait référence aux droits des personnes morales. Aussi, tout au long de nos développements, les expressions, « droits de l'Homme », « droits humains » ou « droits de la personne » sont tenues pour rigoureusement synonymes.

² Voir l'*Accord concernant la poursuite et le châtimement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe et statut du tribunal international militaire de Nuremberg inclut en annexe*. Londres, 8 août 1945. Le texte est reproduit dans (1945) 39 *American Journal of International Law*, Supplément, à la p 257. [Ci-après: Charte du T.M.I. de Nuremberg]. La *Charte du tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient*, approuvée le 19 janvier 1946 par le commandant suprême des forces alliées en Extrême-Orient [ci-après: Charte du T.M.I. de Tokyo] peut être consultée dans Neil Boister et Robert Cryer, *Documents on Tokyo International Military Tribunal: Charter, Indictment and Judgments*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2008.

³ Olivier de Frouville, *Droit international pénal: sources, incriminations, responsabilité*, Paris, Les Éditions A. Pedone, 2012, à la p 15.

⁴ Consulter M. Cherif Bassiouni, « The Time has come for an International Criminal Court », (1991) 1 *Indiana International & Comparative Law Review* 1, aux pp 1-2. Timothy L. H. McCormack, « From Sun Tzu to the Sixth Committee: The Evolution of an International Criminal Law Regime », dans Timothy L.H. McCormack et Gerry J. Simpson, (eds.), *The Law of War Crimes: National and International Approaches*, aux pp 37-39, Martinus Nijhoff Publishers, 1997. M. Cherif Bassiouni, « From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court », (1997) 10 *Harvard Human Rights Journal* 11, aux pp 11-23.

malgré la critique alléguant que les T.M.I. étaient des « tribunaux des vainqueurs »⁵, ils constituaient des précédents incontestables et une véritable révolution sur le plan de la justice pénale internationale. Les principes énoncés par ces juridictions ainsi que les perspectives plus larges, voire universalistes des conditions de déroulement des procès, consacraient l'avènement d'un nouveau paradigme: les personnes accusées ne pouvaient plus se prévaloir de leur qualité officielle pour échapper à leur responsabilité pénale individuelle. L'exclusion de ce moyen de défense s'expliquait par la particularité même des crimes commis. Ceux-ci dépassaient le cadre restrictif de la souveraineté étatique, en raison non seulement de leur *gravité*, mais aussi de leur *nature* propre⁶. Ces infractions - appelées « crimes internationaux » - comprenaient essentiellement le crime d'agression, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité⁷. Après ces jugements, l'Assemblée générale des Nations Unies (ci-après: A.G.N.U.) adopta une résolution affirmant "les principes du droit international reconnu par" la Charte du tribunal de Nuremberg ainsi que le jugement du tribunal⁸. Par la suite, par la Résolution 177 du 21 novembre 1947, l'A.G.N.U. demanda à la Commission du droit international (ci-après: C.D.I.)⁹ de formuler les *Principes de Nuremberg*¹⁰. La *Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide* fut adoptée en 1948¹¹ et les quatre Conventions de Genève en 1949¹².

⁵ Voir l'analyse qu'en fait Robert Kolb, *droit international pénal*, Bâles, Bruxelles, Helbing Lichtenhahn, Bruylant, 2008, aux pp 31-32. Olivier de Frouville, *supra* note 3, aux pp 15-16. M. Cherif Bassiouni, « The Time Has Come for an International Criminal Court », *supra* note 4, à la p 5.

⁶ Olivier de Frouville, *supra* note 3, aux pp 15-16.

⁷ Gerhard Werle, *Principles of International Criminal Law*, T.M.C. Asser Press, 2nd Edition, 2009, à la p 8.

⁸ GA Res. 95(1), UN GAOR, 1st Sess., UN Doc A/64/Add.1, (1946) 188.

⁹ Sous l'art. 13(1)(a) de la Charte des Nations Unies, l'A.G.N.U. autorise des investigations et donne des recommandations "encourageant le développement progressif du droit international et sa codification". La C.D.I. créée en 1947 était chargée de la codification et du développement du droit international. Ses 34 membres sont élus par l'Assemblée générale.

¹⁰ Voir Robert J. Currie, *International & Transnational Criminal Law*, Toronto, Irwin Law, 2010, à la p 7.

¹¹ *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, 9 décembre 1948, 78 R.T.N.U. 277, R.T. Cano 1949 n°27 (entrée en vigueur le 12 janvier 1951). [Ci-après: la Convention de 1948]

¹² *Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, 12 août 1949 ouvert à signature le 12 août 1949, 6 U.S.T. 3114, T.I.A.S No. 3362, 75 U.N.T.S 31 (entrée en vigueur le 21 octobre 1950). *Convention (II) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer*, 12 août 1949, ouvert à signature le 12 août 1949, 6 U.S.T.

L'article VI de la Convention de 1948 prévoyait déjà la possibilité pour les États de saisir une "Cour criminelle internationale" compétente pour juger les auteurs de crimes de génocide. La C.D.I. étudia cette question ainsi que celle relative à l'élaboration d'un projet de "Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité"¹³. En 1954, la C.D.I. présenta son premier projet¹⁴. Mais celui-ci fut mis de côté jusqu'en 1978, au motif que le Comité¹⁵ chargé par l'A.G.N.U. de définir le "crime d'agression", n'avait pas encore produit de définition. À partir de cette date, les tensions de la guerre froide empêchèrent les efforts de l'A.G.N.U. et la C.D.I. suspendit ses travaux. Cette période était essentiellement consacrée à la négociation au tour de projets de codification. La constitution des deux « blocs » et la guerre froide bloquèrent toute possibilité de mise en œuvre du droit pénal international. Toutefois, quelques procès devant des juridictions nationales constituaient des avancées significatives. On peut noter le procès d'Adolf Eichmann pour crimes de guerre en Israël ou encore les procès pour crimes contre l'humanité de Klaus Barbie, de Paul Touvier et Maurice Papon devant les juridictions françaises¹⁶.

3217, T.I.A.S No. 3363, 75 U.N.T.S 85 (entrée en vigueur le 21 octobre 1950). *Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, 12 août 1949, ouvert à signature le 12 août 1949, 6 U.S.T 3316, T.I.A.S, No. 3364, 75 U.N.T.S. 135 (entrée en vigueur le 21 octobre 1950). *Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, 12 août 1949, ouvert à signature le 12 août 1949, 6 U.S.T. 3516, T.I.A.S No. 3365, 75 U.N.T.S 287 (entrée en vigueur le 21 octobre 1950). Voir aussi les *travaux préparatoires* de la Convention qui peuvent être consultés dans Nehemiah Robinson, *The Genocide Convention: A commentary*, New York, The Institute of Jewish Affairs, 1960 ; Matthew Lippman, « The 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: Forty-Five Years Later », (1994) 8 *Temple International and Comparative Law Journal* 1.

¹³ Voir D.H.N. Johnson, « Draft Code of Offense Against Peace and Security of Mankind », (1955) 4:3 *International and Comparative Law Quarterly* 445.

¹⁴ Voir U.N. G.A. Res. 898 (IX) (14 Déc. 1954).

¹⁵ Voir U.N. G.A. Res. 688 (VII) (20 Déc. 1952) pour le Comité chargé de définir l'agression.

¹⁶ *Attorney-General of Israel v. Eichmann*, (District Court, Jerusalem 1961), imprimé dans (1969) 36 *International Law Report* 18, consulter le Chapitre 5 ; *Fédération nationale des déportés et internés résistants et patriotes et autres c. Barbie (affaire Barbie)*, Cass. Crim., 20 Décembre 1985, n° 85-95166, *Bulletin criminel* 1985, n° 407 ; *Paul Touvier*, Cass. Crim., 27 novembre 1992, n° 92-8240 ; *Maurice Papon*, Cass. Crim., 23 janvier 1997, n° 96-84822.

L'important travail de Cherif Bassiouni pour une codification des crimes internationaux intervient dans cette période, notamment dans les années 1980¹⁷. Après une analyse textuelle de dispositions conventionnelles, l'auteur identifie vingt-huit catégories de crimes internationaux¹⁸. Parmi ces catégories, certaines sont véritablement internationales, d'autres sont transnationales, et d'autres sont en partie internationales ou en partie transnationales¹⁹. Pour Bassiouni, l'une des principales raisons de distinguer les « crimes internationaux » des autres crimes est d'éviter une banalisation des crimes les plus graves en les juxtaposant à d'autres crimes qui le sont moins. Il s'agit là toutefois, précise-t-il, d'une analyse portant sur un critère subjectif fondé sur certaines valeurs que sur un critère objectif²⁰. Par ailleurs, pour l'auteur, la plupart des « crimes internationaux » font partie du *jus cogens*. Aussi, se caractérisent-ils par le fait qu'ils ne peuvent se commettre sans une action de l'État ou une politique étatique qui les facilite²¹. Ils imposent par conséquent aux États certains devoirs et restrictions, ainsi que l'application de la responsabilité étatique pour ces comportements illicites²². Ceux qui commettent ces crimes sont appelés, *hostis humani generis*, c'est-à-dire "ennemis de l'humanité"²³. Les crimes transnationaux par contre se définissent en référence à un traité ou à un ensemble de traités mis en place par des États par rapport à ces crimes²⁴. À titre d'exemples, on peut noter la contrebande et le trafic de stupéfiants, la corruption d'agents publics étrangers, l'utilisation frauduleuse de courriers, le terrorisme²⁵, le trafic humain etc.²⁶. Ces

¹⁷ M. Cherif Bassiouni, *A Draft International Criminal Code and Draft Statute for an International Criminal Tribunal*, Dordrecht, Boston, Lancaster, Martinus Nijhoff Publishers, 1987.

¹⁸ M. Cherif Bassiouni, *Introduction au droit pénal international*, Bruxelles, Bruylant, 2002, aux pp 84-88.

¹⁹ *Ibid* à la p 113.

²⁰ *Ibid* à la p 114.

²¹ *Ibid* à la p 121. Pour une opinion contraire, voir entre autres, Nina H. B. Jørgensen, *The Responsibility of States for International Crimes*, Oxford, Oxford University Press, 2003, à la p 90 et s.

²² M. Cherif Bassiouni, *supra* note 18, à la p 114.

²³ Robert J. Currie, *supra* note 10 à la p 18.

²⁴ *Ibid* à la p 20.

²⁵ Pour le point de vue selon lequel le terrorisme n'est pas un crime international, voir Kai Ambos, « Judicial Creativity at the Special Tribunal for Lebanon: Is There a Crime of Terrorism Under International Law? », (2011)

crimes qui sont, pour la plupart du temps, transfrontaliers, tombent sous la juridiction de plus d'un État et engagent seulement la responsabilité pénale individuelle de leurs auteurs au niveau du droit interne. En conséquence, les États signent des accords de coopération pour s'assurer que les contrevenants n'échappent aux poursuites qui pourraient être engagées contre eux²⁷.

Robert J. Currie considère par contre qu'il y a essentiellement deux catégories de crimes internationaux²⁸. La première couvre les crimes internationaux au sens strict. L'interdiction de ces crimes est une règle de droit international coutumier et lie tous les États. Ainsi, ces crimes peuvent être poursuivis non seulement par tout État sous le principe de la compétence universelle, mais aussi par les tribunaux pénaux internationaux²⁹.

La seconde catégorie des crimes internationaux, qui ne font pas consensus quant à cette qualification, porte sur ceux pour lesquels il n'y a pas de responsabilité pénale directe des individus en droit international. Sans être moins graves dans leur nature, ces crimes peuvent être poursuivis par tout État sous son droit pénal national. Aussi, même les États qui n'ont pas de lien direct avec ces crimes peuvent les poursuivre sur la base de la compétence universelle. Ces crimes ont trait par exemples, à la torture, la piraterie, l'*apartheid* et l'esclavage³⁰.

24 Leiden Journal of International Law 655 ;Detlev F. Vagts, « Which Courts Should Tried Persons accused of terrorism », (2003) 14 European Journal of International Law 313. Pour un point de vue contraire, voir Antonio Cassese, *International Criminal Law*, Oxford, Oxford university Press, 2nd edition, 2008, aux pp 162 et s.

²⁶ Robert J. Currie, *supra* note 10, aux pp 19-20.

²⁷ Pour une étude sur ces crimes, on peut utilement consulter Klauss Von Lampe, « Transnational Organized Crime Challenges for Future Research », (2012) 58 Crime Law Soc Change 179. Franck J. Madsen, *Transnational Organized Crimes*, London, Routledge, 2009. James R. Richards, *Transnational Criminal Organizations, Cybercrime and Money Laundering*, Boca Raton, London, Washington, D.C., CRC Press, 1999. Donal E. J. MacNamara et Philip John Stead, *New Dimensions in Transnational Crimes*, New York, The John Jay Press, 1982.

²⁸ Robert J. Currie, *supra* note 10, à la p 18.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*

Après la longue léthargie due au conflit Est-Ouest, la fin de la Guerre froide, symbolisée par la chute du mur de Berlin en 1989, incite les forces sociales à de nombreuses convulsions sur la scène internationale. Pour le philosophe américain Francis Fukuyama, celles-ci expriment la « fin de l'histoire »³¹, c'est-à-dire, la victoire irréversible du libéralisme sur le communisme. Ces bouleversements entraînent des reconfigurations politiques au sein de plusieurs États, le plus souvent caractérisées par le passage de régimes autoritaires, voire totalitaires, vers des régimes de type démocratique³². Ces changements de régimes politiques se firent dans nombres de cas, au prix de conflits sanglants avec la commission de nombreux crimes internationaux. On peut citer par exemples, en Amérique Latine, le Chili de 1973 à 1990, El Salvador de 1979-1992, le Guatemala de 1960 à 1996 ; en Afrique, l'Angola de 1975 à 2002, l'Afrique du Sud de 1948 à 1994, la Sierra Leone de 1991 à 2002, le Liberia de 1989 à 2003, la République Démocratique du Congo de 1960 à 2003 ; en Asie, le Cambodge de 1970 à 1998, le Timor Est de 1976 à 1999 ; en Europe, l'ex-Yougoslavie de 1991 à 2001, l'Irlande du Nord de 1968 à 1998³³. Ces crises se manifestent par une rupture dans l'ordre politico-juridique et font intervenir des arrangements complexes comme mécanismes de gestion de la transition. Ces dispositifs articulent des poursuites judiciaires, des systèmes de recherche de la vérité sur les violences commises, des initiatives favorisant la réconciliation des belligérants, des réparations aux victimes et des réformes institutionnelles visant à prévenir la récurrence de la violence. Plusieurs disciplines scientifiques vont s'intéresser alors à ces nouveaux champs de recherche considérés comme relevant de

³¹ Francis Fukuyama, *La fin de l'histoire et le dernier homme*, Paris, Flammarion, 1992.

³² Pour une étude sur le concept de "transition démocratique", consulter Richard Banegas, « Les transitions démocratiques : mobilisations collectives et fluidité politique », (1993) *Cultures & Conflits* n°12, aux pp 105-140. L'auteur évoque les critiques à l'endroit du concept de "transition démocratique" et considère ce processus comme une période ambiguë de changement de régime se définissant comme « une période de flux institutionnel, d'incertitude, où la norme démocratique tend à s'imposer comme critère de légitimation et oriente les perceptions et les comportements de la majorité des acteurs ».

³³ M. Cherif Bassiouni (éd.), *The Pursuit of International Criminal Justice: A World Study on conflicts, Victimization, and Post-Conflict Justice*, Antwerp, Oxford, Portland, Intersentia, 2010.

la « transitologie »³⁴. Aussi, sont-ils décrits comme étant de la « proto-science », c'est-à-dire une science en émergence et cherchant à établir sa légitimité³⁵. Ces différents mécanismes sont génériquement dénommés « justice transitionnelle ».

Face à la multiplication des contextes de crise majeure émaillés de graves violations des droits de la personne, en se basant sur son mandat de 1978, la C.D.I produit son premier projet de Code en 1991³⁶. Vingt-six catégories de crimes sont proposées, mais celles-ci dépassant le mandat de l'A.G.N.U., elle se limite seulement aux crimes qui affectent la "paix et la sécurité de l'humanité"³⁷. Mais au début des années 1990, devant l'ampleur des crimes commis en ex-Yougoslavie et au Rwanda, la communauté internationale voulut se racheter de son apathie en matière d'élaboration du droit pénal international. Elle crée alors *ex nihilo* le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, (ci-après: T.P.I.Y.) en 1993³⁸ et le Tribunal pénal international pour le Rwanda, (ci-après: T.P.I.R.) en 1994³⁹. Cette fois-ci, ce n'était point les puissances victorieuses qui mirent fin aux conflits, mais c'est le Conseil de sécurité qui s'est engagé pour une mise en œuvre du droit pénal international. Ainsi, le fondement juridique de ces tribunaux ne provient pas, contrairement aux T.M.I., d'un traité international mais des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies sur la base du Chapitre VII de la Charte⁴⁰. Pour certains, ces deux juridictions pénales

³⁴ Ce terme a été appliqué à la transitologie par Philippe C. Schmitter, « The Proto-science of Consolidology : Can it Improve the Outcome of the Contemporary Efforts at Democratization », (1994) 21:2 Politikon, aux pp 15-27. La proto-science de la transitologie met l'accent sur l'importance du contexte historique dans le processus de démocratisation. Voir Valerie Bunce, « Should Transitologists Be Grounded? » (1995) 54:1 Slavic Review 111, à la p 120.

³⁵ Rory Coker, « Distinguishing Science and Pseudoscience », 2005, en ligne: <http://www.hartnell.edu/faculty/dorzech/15d/Pseudoscience.pdf>, Consulté le 12 juillet 2013.

³⁶ Rapport de la C.D.I., U.N. GAOR, 46th Sess. Supp. No. 10, U.N. Doc. A/46/10 (1991).

³⁷ M. Cherif Bassiouni, *supra* note 18 à la p 113.

³⁸ Statut du T.P.I.Y., UN Doc. S/RES/827 (1993).

³⁹ Statut du T.P.I.R., UN Doc. S/Res/955 (1994).

⁴⁰ Voir la résolution S/RES/827 (1993) pour le T.P.I.Y. et la résolution S/RES/955 (1994) pour le T.P.I.R.

internationales *ad hoc* ont confirmé le caractère coutumier du droit pénal international et ont reflété le "noyau dur" du droit pénal international existant⁴¹.

Toutefois, dès les premières années, ces juridictions confirmèrent entre autres, par le coût de leur fonctionnement, l'impératif de mettre en place un tribunal pénal international permanent pour juger les crimes internationaux de l'avenir. Ainsi, l'année 1989 voit la réaffirmation de l'idée d'une Cour pénale internationale⁴². En 1994, la C.D.I. produit un projet de Statut d'une Cour⁴³. Malgré plusieurs controverses et désaccords, les choses vont s'accélérer et en 1995, l'A.G.N.U. met sur pied un Comité préparatoire pour une Cour pénale internationale et pour formuler des propositions pour un traité qui serait placé devant une Conférence internationale des États⁴⁴. En 1996, la C.D.I. produit un nouveau projet de Code qui réduit les vingt-six crimes proposés dans sa version de 1991 en seulement cinq crimes internationaux, dits des crimes internationaux du "noyau dur" ou *core crimes*, à savoir, l'agression, le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et le crime contre le personnel de l'O.N.U. et le personnel apparenté⁴⁵. Pour ce qui est de l'établissement d'une Cour pénale internationale, la conférence s'est tenue à Rome à l'été 1998. À la fin de longues et parfois houleuses négociations présidées par le diplomate canadien Philippe Kirsch, le *Statut de Rome sur la Cour pénale internationale* (ci-après: C.P.I.)

⁴¹ Selon un rapport du Secrétaire général des Nations Unies du 3 mai 1993 sur le Statut du T.P.I.Y., les « règles du droit international humanitaire qui font partie, sans doute, du droit coutumier », sont devenues des éléments du Statut du T.P.I.Y. Voir UN Doc. S/25704 (1993), au para 29. Pour une position critique, voir entre autres, Marie-Claude Roberge « Compétence des Tribunaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda concernant les crimes contre l'humanité et le crime de génocide », (1997) 79 Revue internationale de la Croix-Rouge 695.

⁴² M. Cherif Bassiouni, « The Making of the International Criminal Court », dans M. Cherif Bassiouni (éd.), *International Criminal Law*, 3^e éd., Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, vol. III, à la p 117.

⁴³ UN Doc. A/51/10 (1996).

⁴⁴ Robert J. Currie, *supra* note 10 à la p 9.

⁴⁵ Projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, 6 mai - 26 juillet, 1996, Rapport de la C.D.I., GAOR Supp. No. 10, U.N. Doc. A/51/10 (1996). Pour plus d'information sur la contribution de la C.D.I. sur le développement du droit pénal international, on peut consulter J. Crawford, dans Antonio Cassese, Paola Gaeta et J.R.W.D. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Vol. 1 (2002), Oxford, Oxford University Press, aux pp 23 et s. M. Cherif Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law*, Ardsley, New York, Transnational Publishers, 2003, aux pp 112-178. M. Cherif Bassiouni, *supra* note 18, aux pp 59-142.

est adopté avec une forte majorité de votes⁴⁶. Il entrera en vigueur le 1^{er} juillet 2002 après avoir été ratifié par 60 États. Toutefois, alors que des propositions se faisaient pour inclure dans les crimes internationaux du Statut le trafic de stupéfiants et le terrorisme, celui-ci finit par adopter seulement les crimes du "noyau dur" à savoir, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre, le génocide et l'agression. Le crime d'agression fut cependant laissé indéfini jusqu'à ce qu'une conférence de révision du Statut le définisse dans une nouvelle disposition, conformément aux articles 121 et 123 du Statut⁴⁷. Selon l'article 5 para 2 du Statut, la compétence effective de la Cour ne s'étendait donc qu'aux crimes de génocide, aux crimes contre l'humanité et aux crimes de guerre. Mais le 11 juin 2010, une résolution sur la définition de l'agression est adoptée par consensus⁴⁸. La Cour ne pourra cependant exercer sa compétence sur le crime qu'un an après sa ratification ou l'acceptation des amendements par trente États Parties, sous réserve d'une décision qui sera prise après le 1^{er} janvier 2017 par la même majorité d'États Parties que celle requise pour l'adoption d'un amendement au Statut⁴⁹. Cela requiert donc le consensus ou à défaut, la majorité des deux tiers des États Parties⁵⁰. Contrairement aux juridictions *ad hoc* du passé, celle-ci a une compétence *ratione temporis* illimitée. En outre, contrairement à ces juridictions, le principe de la C.P.I. est toujours la primauté de compétence des juridictions

⁴⁶ Statut de Rome sur la CPI, 17 juillet 1998, A/CONF.183/9, (entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2002), [ci-après: Statut de Rome sur la C.P.I.]. Seulement sept États ont voté contre le Statut dont les États-Unis, la Chine, Israël, l'Irak, la Libye, le Yémen et le Qatar ; 21 États se sont abstenus. Voir à cet effet, <http://www.iccnw.org/?mod=rome&lang=fr>, Consulté le 31 août 2013.

⁴⁷ Selon l'article 12 du Statut de Rome, *supra* note 46, tout État qui devient partie au Statut accepte automatiquement la compétence de la Cour pour les crimes mentionnés à l'article 5. Ce sont: le crime de génocide (art. 6) ; les crimes contre l'humanité (art. 7) ; les crimes de guerre (art. 8) et le crime d'agression (art. 5 para 1 *lit.* d).

⁴⁸ Résolution RC/Res.6 (2010)

⁴⁹ Art. 15(2)(3) bis du Statut, *supra* note 46. Exercice de la compétence à l'égard du crime d'agression (Renvoi par un État, de sa propre initiative).

⁵⁰ Art. 121(3) du Statut de Rome, *supra* note 46.

nationales, « à moins que [l'État] n'ait pas la volonté ou soit dans l'incapacité de mener véritablement à bien l'enquête ou les poursuites »⁵¹.

À la marge du travail de près d'un demi-siècle qui se termina avec les maigres résultats des cinq crimes du "noyau dur", la C.D.I. a aussi travaillé sur un Projet d'articles sur la responsabilité de l'État. Mais comme en 1978 relativement au crime d'agression, un des articles du Projet d'articles sur la responsabilité de l'État, l'article 19 se référait aux « crimes internationaux » et aux « délits » sans toutefois les définir⁵². Le projet rangeait au nombre des crimes internationaux, l'agression, l'établissement ou le maintien par la force d'une domination coloniale, l'esclavage, le génocide, l'*apartheid* et la pollution massive de l'atmosphère ou des mers. Ce projet d'article 19 va faire l'objet de vifs débats à la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies. Il apparaissait en effet pour certains États inacceptable, car il ne refléterait pas le droit en vigueur et introduirait une notion, celle du "crime

⁵¹ Pour l'exigence du principe de complémentarité, voir l'article 17 et 20 du Statut de Rome sur la C.P.I., *supra* note 46. Pour une discussion de cette expression, voir Bruce Broomhall, *International Justice and the International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, aux pp 86-93 ; Frédéric Mégret, « Qu'est-ce qu'une juridiction "incapable" ou manquant de volonté » au sens de l'article 17 du Traité de Rome? Quelques enseignements tirés des théories du déni de justice en droit international », (2005) *Revue québécoise de droit international*, aux pp 1-12 ; Cour pénale internationale, Chambre préliminaire II, *Procureur c. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo et Dominic Ongwen, Décision ouvrant une procédure en vertu de l'article 19, invitant au dépôt d'observations et portant désignation d'un conseil de la Défense*, N° ICC 02/04-01/05 (21 octobre 2008) ; William W. Burke-White & Scott Kaplan, « Shaping the Contours of Domestic Justice: The International Criminal Court and an Admissibility Challenge in the Uganda Situation », (2008) *Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, Research Paper No. #08-13 ; William W. Burke-White, « The Domestic Influence of International Criminal Tribunals: The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and the Creation of the State Court of Bosnia & Herzegovina », (2007) ; Cour pénale internationale, *Le Procureur c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey et Joshua Arap Sang (Situation en République du Kenya), Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case*, Doc. ICC-01/09-01/11-101 (30 mai 2011) ; Kasaija Phillip Apuuli, « The ICC arrest warrants for Lord's Resistance Army leaders and peace prospects for Northern Uganda » (2006) 4 *Journal of International Criminal Justice* 179 ; William W. Burke-White, « Proactive Complementarity: The International Criminal Court and National Courts in the Rome System of Justice », (2008) 49 *Harvard International Law Journal* 53 ; Jann K. Kleffner, « The Impact of Complementarity on National Implementation of Substantive International Criminal Law », (2003) 1 *Journal of International Criminal Justice* 86 ; Elisabeth Lambert-Abdelgawad, « Le dessaisissement des tribunaux nationaux au profit des Tribunaux pénaux internationaux : un encadrement abusif par le droit international de l'exercice de la compétence judiciaire interne? » (2004) 108 *Revue Générale de Droit International Public* 407.

⁵² Voir Rapport de la C.D.I., sur les travaux de sa trente-et-unième session, 14 mai - 3 août 1979 (A/34/10).

d'État" qui engagerait des formes de responsabilité qu'il ne serait ni réaliste ni opportun de prévoir⁵³. La C.D.I. complètera ses activités en 2001 en abandonnant le projet d'article 19⁵⁴. Le projet de "Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité" de la C.D.I. de 1996 a ainsi évité le problème délicat de la responsabilité de l'État. Dans son article 4 intitulé « Responsabilité des États », le projet de code affirmait seulement que: « le fait que le code actuel prévoit la responsabilité des individus pour des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité est sans préjudice de toute question de la responsabilité de l'État en vertu du droit international »⁵⁵. Cette situation a soulevé la question de la cohérence du travail de la C.D.I., puisqu'un texte visait à établir la responsabilité pénale de l'État et un autre y renonçait⁵⁶. Pour Bassiouni, en définitive, même si la C.D.I. a rejeté la responsabilité pénale de l'État, ses travaux auront permis à tout le moins d'intégrer le concept dans le Projet d'articles sur la responsabilité de l'État⁵⁷. Le Projet de Code des crimes était en gestation par la C.D.I. depuis 1947. Après sa version très controversée de 1991, la version de 1996 était plus acceptée des États⁵⁸. Dans le Statut de Rome, cependant, le concept de la responsabilité pénale de l'État a été rejeté, même si certaines délégations avaient exprimé un point de vue différent dans le Rapport de 1996⁵⁹. Ils se demandaient en effet, si une clause de sauvegarde n'était pas nécessaire dans le Statut de Rome pour

⁵³ Voir à ce titre, Maria Spinedi, « La responsabilité de l'État pour « crime » : une responsabilité pénale? », dans Hervé Ascensio, Emmanuel Decaux et Alain Pellet (dir.), *Droit pénal international*, Paris, Pedone, 2000, aux pp 93-128.

⁵⁴ Voir Rapport de la C.D.I., Cinquante-troisième session (avril 23 - juin 1 et 2 juillet - 10 août 2001), U.N. Doc. A/56/10 et corr. 1 (2001), au Chapitre 4.

⁵⁵ Voir le Projet des crimes de la C.D.I. de 1996 adopté par l'A.G.N.U. en 1996 sans modifications en tant que "Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité" des Nations Unies, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1996, vol. II (deuxième partie). Voir aussi, le Rapport du Comité *ad hoc* sur l'établissement d'une Cour pénale internationale, 50^e Sess., U.N. GAOR, 50th Sess., Supp. No. 22, U.N. Doc. A/50/22 (1995).

⁵⁶ M. Cherif Bassiouni, *supra* note 45, à la p 89.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Ibid* à la p 90.

⁵⁹ *Ibid.*

s'assurer que la responsabilité pénale individuelle ne dispense pas l'État de ses propres responsabilités dans une situation donnée⁶⁰.

Au regard de ce qui précède, il appert que la lutte contre l'impunité des crimes internationaux a fort longtemps été une question centrale du droit pénal international. Selon le rapport de l'experte indépendante chargée de mettre à jour l'Ensemble des principes pour la lutte contre l'impunité, Diane Orentlicher:

[L']impunité se définit par l'absence, en droit ou en fait, de la mise en cause de la responsabilité pénale des auteurs de violations, ainsi que de leur responsabilité civile, administrative ou disciplinaire, en ce qu'ils échappent à toute enquête tendant à permettre leur mise en accusation, leur arrestation, leur jugement et, s'ils sont reconnus coupables, leur condamnation à des peines appropriées, y compris à réparer le préjudice subi par leurs victimes⁶¹.

Cependant, il convient de souligner que les mécanismes de justice transitionnelle mis en place dans les années 1980 à 90, ont le plus souvent fonctionné avec un dénominateur commun: un compromis politique autorisant l'interruption du cours normal de la justice⁶². Plusieurs définitions ont alors été proposées pour tenter de les appréhender. La justice transitionnelle a été définie comme « un concept de la justice, intervenant en période de transition politique⁶³, qui se caractérise par une réponse juridique aux méfaits des régimes répressifs révolus »⁶⁴. Pour Pierre Hazan, cette définition aussi exacte soit-elle ne parvient pas à préciser son fondement idéologique. L'auteur part d'abord du postulat que les politiques de châtement et de pardon peuvent juguler la violence. Il en déduit par ailleurs que « [si] le crime contre l'humanité, par essence, *délie* les hommes, la justice transitionnelle entend accomplir

⁶⁰ Voir le Rapport de 1996 du Comité préparatoire sur la C.P.I., Preparatory Committee Report, (*PrepCom Report*), à la p 44, au para 192. Voir aussi, M. Cherif Bassiouni, *supra* note 45, à la p 90.

⁶¹ Rapport de l'experte indépendante chargée de mettre à jour l'Ensemble des principes pour la lutte contre l'impunité, Diane Orentlicher, E/CN.4/2005/102/Add.1, 2005, à la p 6.

⁶² Sandrine Lefranc, « Les commissions de vérité: une alternative au droit? », (2008) 56 Revue internationale interdisciplinaire 129, à la p 132.

⁶³ Ruti G. Teitel, *Transitional Justice*, New York, Oxford, Oxford University Press, 2000, à la p 3. [Notre traduction].

⁶⁴ Ruti G. Teitel, « Transitional Justice Genealogy », (2003) 16 Harvard Human Rights Journal 69, à la p 69. [Notre traduction].

le trajet inverse, celui qui mène à la restauration du lien social et à la refondation d'une communauté politique »⁶⁵. Eric A. Posner et Adrian Vermeule semblent aller dans la même veine. Pour eux, la justice transitionnelle signifie quelque chose de différent de l'accomplissement réussi d'une transition politique ou économique: elle signifie une transition politique et économique qui est conforme aux engagements libéraux et démocratiques⁶⁶. Quant à Marek M. Kaminski et al., la justice transitionnelle se réfère à des procédures formelles et informelles mises en œuvre par un groupe ou une institution au moment d'une transition marquée par un ordre social oppressif ou violent, pour rendre justice aux auteurs et à leurs collaborateurs, ainsi qu'à leurs victimes⁶⁷. Au regard de ces définitions, il apparaît que la justice transitionnelle en elle-même, n'est pas un concept juridique. Il est un ensemble de mécanismes qui visent à répondre aux défis auxquels font face des sociétés qui sortent de périodes de conflits violents avec un héritage de violations massives des droits de la personne. En 2007 déjà, Xavier Philippe recensait en effet, une trentaine d'expériences de justice transitionnelle à travers le monde⁶⁸. Leur utilisation quasi-automatique et en formes variées au fil des années comme mécanisme de résolution des crises transitionnelles a amené Louis Joinet à soutenir que « [l]eur sédimentation et leur créativité donnent progressivement naissance à une sorte de droit coutumier de la justice transitionnelle en cours de formation »⁶⁹.

Parmi les crimes internationaux qui font l'objet de la justice transitionnelle, nous nous intéressons tout particulièrement, au crime de génocide. Cet intérêt s'explique

⁶⁵ Pierre Hazan, *Juger la guerre, juger l'histoire*, Paris, PUF, 2007, à la p 12.

⁶⁶ Eric A. Posner et Adrian Vermeule, « Transitional Justice as Ordinary Justice », (2003) 17 Harvard Law Review 762, à la p 768.

⁶⁷ Marek M. Kaminski et al., « Normative and Strategic Aspects of Transitional Justice », (2006) 50:3 Journal of Conflict Resolution 295, à la p 295.

⁶⁸ Philippe Xavier, « Brèves réflexions sur les relations entre justice transitionnelle et constitution », dans Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu, *Renouveau du droit constitutionnel*, Dalloz, 2007, à la p 373.

⁶⁹ Louis Joinet, « Un état des lieux des principes et standards internationaux Justice transitionnelle », dans M. Bleeker, *La justice transitionnelle dans le monde francophone : état des lieux*, Conférence Paper 2/2007, Dealing with the Past – Series, Séminaire international de Yaoundé, 4-6 décembre 2006, à la p 14.

par l'extrême gravité qui caractérise ce crime en droit international. En effet, dans *l'Affaire relative à l'Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, la Cour internationale de justice (ci-après: C.I.J.) a rappelé que le génocide est un crime qui « bouleverse la conscience humaine, inflige de grandes pertes à l'humanité (...) et est contraire à la loi morale ainsi qu'à l'esprit et aux fins des Nations Unies »⁷⁰. Le génocide est donc un crime qui se définit par sa gravité exceptionnelle en droit international. Déjà en août 1941, avant même que le terme "génocide" ne soit largement accepté, le premier ministre britannique, Winston Churchill, déclarait sur British Broadcasting Corporation (B.B.C) lors d'une émission relative aux massacres perpétrés par l'Allemagne Nazie, que: « l'ensemble de l'Europe a été détruit et piétiné par les armes mécaniques et la fureur barbare des nazis (...) pendant que ses armées avançaient, des quartiers entiers sont exterminés ». Et Churchill de conclure: « nous sommes en la présence d'un crime sans nom »⁷¹.

Le terme « génocide » a été employé pour la première fois par le juriste polonais Raphael Lemkin pour souligner la particularité des crimes commis par l'Allemagne Nazie en Europe occupée⁷². Ce néologisme est créé de deux mots : *genos* désignant « race », « nation » ou « tribu » dans la Grèce ancienne, et *caedere*, signifiant « tuer » en Latin⁷³. La caractéristique du génocide réside de ce fait dans l'intention de détruire un groupe humain comme tel.

⁷⁰ Affaire relative à l'Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (*Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie (Serbie et Monténégro)*), mesures conservatoires, ordonnance du 8 avril 1993, C.I.J., Recueil 1993, à la p 3, au para 49.

⁷¹ Voir Cynthia Sinatra, « The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and the Application of Genocide », (2005) 5 International Criminal Law Review 417, à la p 418, [Notre traduction]. Léo Kuper, *Génocide, Its Political Use in the Twentieth Century*, New Haven, Yale University Press, 1981, à la p 12.

⁷² Raphael Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe*, Washington, Carnegie Endowment for World Peace, 1944, à la p 79.

⁷³ William A. Schabas, *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*, Cambridge, 2nd Edition, 2009, à la p 29.

Bien que des formes de génocides aient existé bien avant la Seconde Guerre mondiale⁷⁴, sa cruauté particulière a attiré l'attention du monde lors de cette guerre, à travers ce qu'il est convenu d'appeler l'Holocauste⁷⁵. Face à l'ampleur des massacres, la communauté internationale a manifesté sa volonté de mettre un frein à tout jamais à la commission de tels crimes dans l'avenir. Ainsi, dès la fin de la guerre, la *Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide* fut adoptée en 1948⁷⁶. Malheureusement, l'adoption d'un tel instrument juridique ainsi que la consécration coutumière de l'interdiction du génocide par la C.I.J.⁷⁷ n'ont pas empêché la perpétration d'autres génocides dans les années qui suivirent. En effet, plusieurs atrocités semblables furent recensées plus tard à travers le monde. Nous en mentionnerons les plus pertinentes selon des critères que nous définirons dans nos développements ultérieurs.

Par ailleurs, dans un souci de circonscrire géographiquement notre analyse et d'autant plus que nous nous inscrivons dans une analyse purement juridique, nous nous limiterons seulement aux génocides reconnus par des juridictions internationales, à savoir ceux de Srebrenica et du Rwanda. En effet, bien que le terme génocide ait été inventé pendant la Deuxième Guerre mondiale, ce crime n'a réellement été appliqué que par les tribunaux de l'ex-Yougoslavie et du Rwanda⁷⁸. Même si on peut

⁷⁴ L'exemple le plus frappant est le génocide arménien par la Turquie (1915-1916), voir William A. Schabas, *supra* note 73, aux pp 19-26. Voir également la qualification de génocide du massacre arménien par Robert Kolb, *supra* note 5, à la p 73. Les massacres des peuples autochtones et/ou colonisés ont aussi à plusieurs reprises été qualifiés de génocide. Voir entre autres, Antonio Cassese, « La communauté internationale et le génocide », dans *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*. Mélanges Michel Virally, Paris, Pedone, 1991, aux pp 183-194.

⁷⁵ Selon Pierre-Vidal Naquet, *Les assassins de la mémoire*, Paris, La découverte, 2005, à la p 27, le chiffre de six millions de victimes a été présenté lors du procès de Nuremberg. L'historien Raul Hilberg dans son ouvrage, *La destruction des juifs d'Europe*, Éditions Gallimard, Collection Folio, 2006, Tome III, à la p 2251, arrive au chiffre de 5,1 millions de morts minimum.

⁷⁶ Convention de 1948, *supra* note 11.

⁷⁷ C.I.J., Avis consultatif du 28 mai 1951, *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, C.I.J., Recueil, 1951, à la p 23.

⁷⁸ Cynthia Sinatra, *supra* note 70, à la p 425. On peut toutefois mentionner l'Avis consultatif de la C.I.J., du 28 mai 1951, voir *Ibid.* ; la demande d'extradition par le Bangladesh des officiers pakistanais réfugiés en Inde suite à la succession du Bangladesh en 1971 ; l'*Affaire Pol Pot - Ieng Sary*, ancien Premier et Vice-Premier ministres du

mentionner la saisine de la C.I.J. de la question en 1993, elle n'a rendu que deux ordonnances qui traitent plus spécifiquement du concept de génocide et un arrêt sur sa compétence à juger de la question soumise devant elle⁷⁹. Les deux juridictions ont ainsi produit un corps de règles sur le crime de génocide qui nous seront fort utiles dans nos réflexions par rapport à la justice transitionnelle. Toutefois, il ne sera point question d'étudier toute la jurisprudence disponible de ces tribunaux sur le crime, mais seulement d'analyser les décisions plus pertinentes par rapport à notre sujet d'étude. Aussi, quoique la C.P.I. soit aujourd'hui la juridiction pénale internationale chargée de poursuivre et de réprimer les crimes internationaux dont le crime de génocide, elle n'a pas encore rendu de décision se rapportant à ce crime. Le seul dossier sur la question et pendant devant la Cour reste le mandat d'arrêt contre le président soudanais Omar Al Bachir. Mais il n'a toujours pas été exécuté. Par ailleurs, les deux exemples de l'ex-Yougoslavie et du Rwanda apparaissent très illustratifs de situations transitionnelles qui ont eu lieu au début des années 1990, période où les mécanismes de justice transitionnelle ont montré une assez importante fécondité. Mais ces dispositifs supposés constituer des arènes où les responsables de crimes de génocide sont punis selon les exigences du droit international, semblent connaître des difficultés. En effet, de sérieuses questions se posent quant à l'adéquation entre ces mécanismes et les principes de responsabilité pour génocide.

Cambodge, poursuivis et condamnés à mort par contumace pour « génocide » (Jugement du 19 août 1979, dans Doc. off. NU AG/34/491 (20 septembre 1979) AG NU). Voir Nadine L.C. Thwaites, « Le concept de génocide dans la jurisprudence du TPIY: Avancées et Ambiguïtés », (1997) 2 Revue Belge de droit international 565 aux pp 566-567.

⁷⁹ Voir l'*Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie (Serbie et Monténégro))*, ordonnance du 8 avril 1993 (demande en indication de mesures conservatoires), *supra* note 70, à la p 8 au para 3 ; *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie (Serbie et Monténégro))*, ordonnance du 13 septembre 1993 (nouvelles demandes en indication de mesures conservatoires), C.I.J., *Recueil* 1993 à la p 325 ; *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie (Serbie et Monténégro))*, arrêt du 11 juillet 1996 (exception préliminaires), C.I.J., *Recueil* 1996 à la p 595.

Au regard des définitions de la justice transitionnelle présentées précédemment, la question se pose de savoir si celle-ci et les principes de responsabilité pour les crimes graves du droit international dont le crime de génocide, se complètent ou se contredisent à certains niveaux. En effet, la justice transitionnelle repose sur quatre axes majeurs⁸⁰ : 1) mettre en œuvre des actions en vue de découvrir la vérité ; 2) poursuivre en justice les auteurs des crimes ; 3) accorder des réparations aux victimes et 4) mettre en œuvre la réforme des institutions et leur assainissement (*vetting*) pour garantir le non-renouvellement des crimes dans le futur⁸¹. Pour parvenir à cette fin, la justice transitionnelle recourt à la conjonction de mécanismes judiciaires et non judiciaires. L'objectif le plus souvent visé est la vérité sur ce qui s'est réellement passé et l'administration de la justice, tout en espérant la réconciliation au sein de la société⁸². Or pour réconcilier des communautés longtemps déchirées par un conflit, il est arrivé parfois que les mécanismes de justice transitionnelle amnistient certaines personnes de leur responsabilité pénale individuelle, soit en contrepartie de la vérité pour les crimes commis (l'Afrique du Sud par exemple)⁸³ soit dans le but de favoriser la réconciliation et la paix (l'Ouganda, la Sierra Leone et le Chili par exemple)⁸⁴.

⁸⁰ Plusieurs instruments des Nations Unies mettent au cœur de la justice transitionnelle ces quatre éléments. Voir entre autres, le rapport de Louis Joinet au Conseil économique et social des Nations Unies sur la *Question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'Homme (civils et politiques)*, rapport final révisé, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, (1997), le rapport du Secrétaire général des Nations Unies au Conseil de sécurité sur le *Rétablissement de l'État de droit et l'administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit*, S/2004/616, 23 août 2004. Le rapport de l'experte indépendante Diane Orentlicher au Conseil économique et social des Nations Unies, *supra* note 61. Dans la doctrine, on peut citer Juan E. Méndez, « National Reconciliation, Transitional Justice, and the International Criminal Court », (2001) *Ethics & International Affairs* 25, à la p 26. Juan E. Méndez, « Accountability for Past Abuses », (1997) 19 *Human Rights Quarterly* 255, à la p 261.

⁸¹ Mark Freeman, *Truth Commissions and Procedural Fairness*, Cambridge University Press, Cambridge, New York, 2006, à la p 5.

⁸² Se référer à la partie 2.2.1 du Chapitre 2.

⁸³ Voir l'Truth and Reconciliation Commission of South Africa: Report 5-6, à la p 103. Voir aussi, Benjamin N. Schiff, « Do Truth Commission Promote Accountability or Impunity? The Case of the South African Truth and Reconciliation Commission », dans M. Cherif Bassiouni ed., *Post-Conflict Justice*, Ardsley, New York, Transnational Publishers, 2002, aux pp 325-343, à la p 329.

⁸⁴ Voir le cas de l'Armée de Résistance du Seigneur en Ouganda, discuté par H. Abigail Moy, « The International Criminal Court's Arrest Warrants and Uganda's Lord's Resistance Army: Renewing the Debate Over Amnesty and Complementarity », (2006) 19 *Harvard Human Rights Journal* 267. Voir le cas des Accords de Lomé discutés par

Cependant, compte tenu de la gravité de ces infractions, les Nations Unies se sont toujours montrées dubitatives sur la question des amnisties *de facto* ou *de lege*. Leur position de principe étant que les États assument leur responsabilité en punissant ces infractions par leurs juridictions nationales ou par des tribunaux internationaux ou internationalisés⁸⁵. La Cour interaméricaine des droits de l'Homme va aussi dans ce sens, mais avec une grande innovation. Par rapport aux lois d'amnisties adoptées par le Pérou par exemple, les juges arrivent à la conclusion que l'interdiction de ces mesures n'est pas seulement fondée sur les obligations conventionnelles des États, mais relève aussi de la règle générale de violation de « non-derogable rights recognized by international human rights law »⁸⁶.

Il se pose ainsi la question de savoir si ces mécanismes qui visent très souvent la réconciliation post-confliktuelle sont-ils conciliables avec le mandat confié désormais à la C.P.I.? Lorsqu'en période de transition politique, certains criminels sont amnistiés *de facto* ou *de lege*, cela est-il une négation de la volonté de la communauté internationale de prévenir l'impunité des crimes internationaux? La paix et la justice sont-elles conciliables? Sinon laquelle a priorité pendant les périodes post-confliktuelles? Peut-il y avoir une paix sans qu'il y ait d'abord de justice? La C.P.I. peut-elle totalement ignorer les démarches en vue de la réconciliation et de la paix et poursuivre les présumés auteurs de génocide? La C.P.I. doit-elle se retenir de toutes poursuites quand celles-ci pourraient mettre en péril tous les efforts mis en œuvre pour aboutir à la réconciliation et à la paix? Quel est le contenu de la notion des «

Antonio Cassese, « The Special Court and International Law: The Decision Concerning the Lomé Agreement Amnesty », (2004) 2 Journal of International Criminal Justice 1130. Voir le cas de Pinochet discuté par Garth Meintjes et Juan E. Méndez, « Reconciling Amnesties with Universal Jurisdiction », (2000) 2 International Law Forum du Droit International 76, à la p 76.

⁸⁵ Voir par exemple, la résolution 1674 (2006) du Conseil de Sécurité, au para 8 ; le Rapport du Secrétaire général des Nations Unies au Conseil de sécurité sur le *Rétablissement de l'État de droit et l'administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit*, *supra* note 80, aux para 10 et 32. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, « Rule-of-Law Tools for Post-Conflict States: Amnesties », United Nations Publications, New York, Geneva, 2009, à la p 27.

⁸⁶ Series C, No. 87, *Case of Barrios Altos vs. Peru*, Judgment of November 30, 2001, au para 41.

intérêts de la justice »⁸⁷ qui peut conduire le Procureur de la C.P.I. à ne pas poursuivre les crimes internationaux y compris le crime de génocide? Dans quelle mesure peut-il exister un arrimage harmonieux entre les mécanismes de justice transitionnelle et les principes de responsabilité pour crimes de génocide?

Ce sont là, les questions que nous nous posons dans le présent mémoire. Celles-ci nous conduisent à la principale interrogation qui fera l'objet de nos réflexions tout au long de nos développements: les mécanismes de justice transitionnelle sont-elles en adéquation avec les obligations internationales qui incombent aux États en matière d'engagement des responsabilités pénales individuelles et internationales étatiques pour crimes de génocide?

Juridiquement, l'obligation de poursuivre les crimes internationaux prend sa source dans les instruments de protection des droits de la personne, dans le D.I.H., dans le droit international coutumier et dans le Statut de Rome sur la C.P.I. La portée de cette obligation s'étend surtout à ceux du "noyau dur" qui relèvent de la compétence de la C.P.I. Il serait alors important de voir dans quelle mesure, la justice transitionnelle permet ou non une dérogation à cette obligation, notamment par rapport au crime de génocide.

Dans les cas des génocides du Rwanda et de l'ex-Yougoslavie, nous verrons si les normes de justice transitionnelle, à savoir le droit des victimes à la vérité, à la justice, à la réparation et aux garanties de non répétition, ont pu être conciliées avec les exigences de responsabilité pénale pour le crime de génocide, autrement dit, si ces

⁸⁷ Cette phrase apparaît dans plusieurs articles du Statut de Rome sur la C.P.I., voir *supra* note 46, ainsi que dans les Règles de procédure et de preuve, mais elle n'est jamais définie. Par exemple, l'article 53(1)(c) exige que pour prendre sa décision de ne pas poursuivre, « le Procureur examine : [...] s'il y a des raisons sérieuses de penser, compte tenu de la gravité du crime et des intérêts des victimes, qu'une enquête ne servirait pas les intérêts de la justice ». On la trouve aussi dans les articles 55(2)(c), 65(4) et 67(1)(d), de même que dans les Règles 69, 73, 82, 100, 136 et 185. Voir aussi, C.P.I., Bureau du Procureur, Policy Paper, « The interest of Justice », September 2007. En ligne : <http://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/772c95c9-f54d-4321-bf09-73422bb23528/143640/iccotpinterestsofjustice.pdf>. Consulté le 5 juin 2013.

dernières ont influencé positivement ou négativement les responsabilités étatique et pénale individuelle pour crimes de génocide. En d'autres termes, nous verrons si par souci de pacification de ces États, certaines exigences des responsabilités pour génocide ont dû être atténuées, voire même totalement mises de côté pour arriver aux résultats escomptés. Aussi, nous nous interrogerons de voir, comment peut-on dire la vérité et juger certaines personnes, alors que celles-ci sont indispensables au processus de paix? C'est le dilemme entre la paix et la justice que l'ancien Secrétaire général des Nations Unies Kofi Annan résumait bien en ces termes:

Nous savons également qu'il ne saurait y avoir de véritable paix sans justice. Or, la recherche inexorable de la justice peut parfois constituer un obstacle à la paix. Si nous insistons partout et toujours, pour sanctionner ceux qui sont coupables de manquements graves aux droits de l'Homme, il peut s'avérer difficile, voire impossible, de mettre un terme à l'effusion de sang et de sauver les civils innocents. Si nous insistons, partout et toujours, pour appliquer les normes strictes de justice, une paix encore fragile peut ne pas y survivre. Par ailleurs, si nous fermons les yeux sur la quête de la justice uniquement pour parvenir à un accord, les bases de cet accord s'en trouveront fragilisées et nous créerons ainsi des précédents regrettables. Il n'existe pas de réponses toutes faites à de tels dilemmes moraux, juridiques et philosophiques⁸⁸.

Le dilemme soulevé par Kofi Annan est réel et porte sur l'ensemble des violations graves des droits de la personne. Ainsi, il ne peut se résoudre qu'en tenant compte des particularités propres à chaque contexte. Dans les cas de commission de génocide, ce crime en tant que norme de *jus cogens*, donne droit à la compétence universelle⁸⁹. Cela signifie que les instigateurs et auteurs de ce crime doivent être punis quel que soit le lieu où ils ont été appréhendés, sans égard au lieu où le crime a été commis, à la nationalité des criminels ou encore à leur statut. La justice transitionnelle est-elle en phase avec cette exigence du droit international?

⁸⁸ Communiqué de presse du 24 septembre 2003, U.N. Doc. SG/SM/8892 (2003).

⁸⁹ Cynthia Sinatra, *supra* note 70, à la p 418. Ariane Roussy, « Le principe de l'universalité du droit de punir comme compétence juridictionnelle nationale des États », dans Laurent Moreillon, Aude Bichovsky et Maryam Massrouri (éd.), *Série II, vol. 5, Droit pénal humanitaire, 2ème édition, Helbing Lichtenhahn*, Bruyant, 2009, aux pp 231-249, à la p 227. Voir aussi, Marc Hanzelin, *Le principe de l'universalité en droit pénal international: droit et obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*, Helbing, Lichtenhahn, Bâle, 2000, à la p 341.

C'est pourquoi, l'hypothèse principale que nous formulons en réponse à un tel dilemme est que les mécanismes de justice transitionnelle sont pas, *a priori*, incompatibles avec les responsabilités pénales individuelles et internationales étatiques pour crimes de génocide. Ils sont un cadre adéquat de mise en oeuvre de ces responsabilités. Toutefois, quelques contradictions apparaissent entre ces deux dispositifs, eu égard à la nature particulière du crime de génocide. Assurément, les mécanismes de justice transitionnelle par leur volet de recherche de la vérité en vue de réparer les torts causés aux victimes, peuvent contribuer à la réconciliation nationale. En outre, par leur recours aussi à la justice pour les crimes de génocide, ils permettent la mise en oeuvre des responsabilités individuelles et internationale étatique pour ce crime. Cependant, d'une part, l'objectif de réconciliation assigné aux mécanismes de justice transitionnelle, nous paraisse peu conciliable avec les responsabilités pour crimes de génocide. D'autre part, la justice pénale internationale, comme réponse aux crimes de génocide, semble incapable de punir ce crime selon toutes les exigences du droit international. C'est ce que nous démontrerons tout au long de nos réflexions.

Après avoir posé les questions importantes qui sont l'objet de notre étude, il convient à présent de délimiter l'approche conceptuelle par laquelle nous mènerons nos réflexions.

Le présent mémoire s'inscrit dans le cadre du débat tant international que national sur la pertinence de la justice transitionnelle dans les États en transition politique où de graves violations des droits de l'Homme ont été commises. Dans ce contexte, il se veut d'abord une présentation du droit international positif relatif à cette question. Pour ce faire, il cherche à dépasser la simple opposition des points de vue des juristes sur les crimes internationaux commis en période de transition politique : les uns, partisans d'une justice punitive, refusent les amnisties générales et considèrent la

punition comme seul moyen d'assurer la non-répétition de ces crimes dans l'avenir⁹⁰; les autres militent en faveur d'une justice restauratrice avec l'acceptation des amnisties dans le but de mettre fin aux conflits, de réconcilier les communautés et d'assurer la paix⁹¹. Notre réflexion vise à démontrer comment la justice pénale et la justice dite restauratrice peuvent s'accommoder dans les périodes de transition politique. Aussi, elle a pour ambition de prouver que dans certains contextes, notamment ceux de la commission de crimes de génocide, la justice pénale à elle seule ne suffit pas pour répondre à tous les défis soulevés par la commission des crimes de masse et notamment pour reconstruire le pays et instaurer une paix durable. La justice restauratrice peut ainsi venir en appoint pour la guérison et la réconciliation des communautés meurtries par les crimes. Il conviendra à cet égard de comprendre comment la justice transitionnelle complète les principes de responsabilités pour crimes de génocide.

Dans cette perspective, l'approche conceptuelle propre au positivisme juridique⁹² est requise. Mais face à la pluralité de courants positivistes⁹³, le positivisme qui nous

⁹⁰Jeremy Sarkin, « The Trials and Tribulations of South Africa's Truth and Reconciliation Commission », (1996) 12 South African Journal of Human Rights 617, à la p 620. John Dugard, *Reconciliation and Justice: The South African Experience*, (1988) 8 Transnational Law & Contemporary Problems 277, à la p 279. Kasaija Phillip Apuuli, « Amnesty and International Law. The Case of the Lord's Resistance Army Insurgents in Northern Uganda », (2005) 5:2 African Journal on Conflict Resolution, aux pp 33-62. Diane F. Orentlicher, « "Settling Accounts" Revisited: Reconciling Global Norms with Local Agency », (2007) 1 The Yale international Journal of Transitional Justice 10, aux pp 10-22. Annalise Acorn, *Compulsory Compassion: A Critique of Restorative Justice*, Vancouver, Toronto, UBC Press, 2004.

⁹¹Darryl Robinson, « Serving the Interest of Justice: Amnesties, Truth Commissions and International Criminal Court », (2003) 14:3 European Journal of International Law 481, aux pp 481-505. Sandrine Lefranc, « La professionnalisation d'un militantisme réformateur du droit : l'invention de la justice transitionnelle », (2009) 3 :73 Droit et société, aux pp 561-589. Ben Chigara, *Amnesty in International Law. The Legality under International Law of National Amnesty Laws*, Londres, Longman, 2002, à la p 2. Manisuli Ssenyonjo, « The International Criminal Court and the Lord's Resistance Army Leaders. Prosecution or Amnesty ? », (2007) 7 International Criminal Law Review, aux pp 361-389. Gerry Johnstone (ed.), *A Restorative Justice Reader: Texts, Sources, Context*, Devon, Willam Publishing, 2003. Gerry Johnstone et Daniel W. Van Ness (ed.), *Handbook of Restorative Justice*, Devon, Willam Publishing, 2007.

⁹²Pour les auteurs du positivisme juridique ou *jus positivum*, voire Gény entre autres, François, *Science et technique en droit privé positif*, 4 vol., Paris, Sirey, 1913. H.L.A. Hart, « Positivism and the separation of the law and morals », (1958) 71:4 Harvard law review 593. H.L.A Hart, *The concept of law*, Oxford university press, 1961. Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Trad. Franç. par Eisenmann, Charles de la 2^e éd. de la Reine Reschle, 1934.

intéressera est le positivisme juridique ou théorie positiviste. Nous n'utiliserons donc pas dans cette étude, le positivisme comme délimitation ou comme idéologie⁹⁴. Pour une définition du positivisme juridique, il convient de le distinguer avec le positivisme scientifique ou positivisme philosophique⁹⁵. En tant que théorie de la connaissance, « le positivisme scientifique postule que celle-ci repose sur des faits constatés et sur leurs interrelations établies comme étant constantes »⁹⁶. Ce positivisme qui a un impact important dans les sciences humaines, peut s'approprier le droit comme objet non autonome, et l'analyser à travers le prisme d'autres disciplines comme l'économie, la sociologie ou l'anthropologie en particulier⁹⁷. Selon François Chevrete et Hugo Cyr⁹⁸, le positivisme juridique repose sur deux postulats: d'abord, le droit est un construit social et non un donné naturel, et il est, d'autre part, distinct de la morale avec laquelle il n'est pas nécessairement lié. Par ailleurs, on peut aussi lui assigner deux objets d'analyse: il est d'abord un système de règles ou de normes juridiques (pas de morales, esthétiques ou autres) caractérisé par la possibilité de changement dans la stabilité. Il est ensuite, la raison qu'on a d'obéir à ces normes.

Paris, Dalloz 1962. Christian Atias, *Épistémologie juridique*, Coll. Droit fondamental, Paris, Presses universitaires de France, 1985. Amselek, Paul, « Lois juridiques et lois scientifiques », (1987) 6 *Droits*. Uberto Scarpelli, *Qu'est-ce que le positivisme juridique?*, Paris, Bruxelles, Librairie générales de Droit et de Jurisprudence, Bruylant, 1996.

⁹³ Voir à ce sujet Norberto Bobbio, « Sur le positivisme juridique », dans *Mélanges Paul Roubier*, t. 1, Paris, Dalloz et Sirey, 1961, à la p 52. François Chevrete et Hugo Cyr, « De quel positivisme parlez-vous? », dans Louise Rolland et Pierre Noreau, (éds.), *Mélanges Andrée Lajoie*, Montréal, Thémis, 2008, aux pp 33-60, à la p 54.

⁹⁴ Pour une utilisation du positivisme comme délimitation ou comme idéologie, voir François Chevrete et Hugo Cyr, *supra* note 93, aux pp 33-60.

⁹⁵ Certains préfèrent l'expression positivisme philosophique à celle de positivisme scientifique, « peut-être pour suggérer que ses prétentions scientifiques ne se sont jamais parfaitement accomplies ». Voir à ce titre, François Chevrete et Hugo Cyr, *supra* note 93 aux pp 38-39. Consulter en exemple, « Du positivisme philosophique au positivisme juridique », dans Alain Renaut et Lukas Sosoe, *Philosophie du droit*, Paris PUF, 1991, à la p 337.

⁹⁶ François Chevrete et Hugo Cyr, *supra* note 93 à la p 39.

⁹⁷ *Ibid.* Les grands auteurs du positivisme scientifique sont entre autres, Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford, Clarendon Press, 1879, xiii. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, tome 1, Paris, Éditions Garnier, 1965. « Du positivisme philosophique au positivisme juridique », dans Alain Renaut et Lukas Sosoe, *Philosophie du droit*, Paris PUF, 1991,

⁹⁸ François Chevrete et Hugo Cyr, *supra* note 93 à la p 42. Ces auteurs s'inspire ici de l'article de Jules L. Coleman et Brian Leiter, « Legal Positivism », dans Denis Patherson (dir.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Cambridge (MA), Blackwell Publishers, 1996, à la p 241.

Le premier objet fait référence à la légalité, et le second à la normativité ou à l'autorité. Notre positivisme « [...] est juridique parce qu'il prend le droit comme objet de son analyse, sans que ne s'interpose entre l'analyste et cet objet une autre science. Mais c'est aussi parce qu'il prend le droit tel qu'il est, comme un construit social [...] »⁹⁹. Par ailleurs, bien que Hans Kelsen ait beaucoup théorisé sur le positivisme juridique, nous ne nous inscrivons pas dans l'application qu'il en fait en droit international. En effet, dans son approche moniste du droit, en voulant rattacher la norme fondamentale au droit international, Hans Kelsen la remplace par les coutumes constituées par le comportement concret des États. L'affirmation selon laquelle la norme coutumière validerait toutes les autres normes du droit international reviendrait à placer la coutume au sommet de la hiérarchie des sources formelles du droit international, ce qui est contredit par plusieurs auteurs dans la doctrine. Par exemple Nguyen Quoc Dinh soutient que « l'article 38 du Statut de la C.I.J. s'abstient de toute allusion à une quelconque hiérarchie entre les sources énumérées ». Il ajoute en outre que, « l'idée d'une hiérarchie des sources est particulièrement inacceptable dans une approche volontariste. Dans cette perspective, toutes les sources formelles reposent, en dernière analyse, sur la volonté directe *ou indirecte* des États, volonté qui s'exprime différemment, d'un point de vue technique, selon le procédé d'élaboration du droit »¹⁰⁰. Nous partageons ce point de vue. Le droit international étant un acte de volonté reposant sur le consentement explicite ou implicite des parties, il serait illogique de voir dans ce droit une hiérarchie qui placerait la coutume au dessus des normes clairement posées.

L'approche positiviste apparaît inévitable pour notre étude. En effet, compte tenu de l'internationalisation des questions relatives à la justice transitionnelle et à l'actualité du sujet, le juriste doit chercher à déterminer la cohérence entre celle-ci et les normes

⁹⁹ François Chevette et Hugo Cyr, *supra* note 93 à la p 54.

¹⁰⁰ Voir Nguyen Quoc Dinh, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J, 1999 aux pp 113-116. Voir aussi dans la même veine, Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 7th ed, 2008, aux pp 4-5.

du droit international. Lorsque la justice transitionnelle intervient dans un contexte de crimes de génocide par exemple, il convient de voir quelles relations celle-ci entretient-elle avec les responsabilités pour crimes de génocide. En réalité, même si un examen des expériences de justice transitionnelle montre la possibilité de certains assouplissements en matière de poursuites, cela ne devrait pas s'appliquer aux crimes internationaux, comme le génocide. Le droit positif n'indique pas de solutions claires sur ces questions. La question se pose alors de savoir quelle doit être l'envergure des poursuites? Faut-il poursuivre seulement les plus "grands criminels" ou faut-il poursuivre sans distinction tous ceux qui ont participé, et ce, quelle que soit l'échelle, à la perpétration du génocide? Nous tenterons d'apporter des éléments de réponse à ces questions dans nos développements qui suivent.

Ensuite, dans le but de mieux comprendre le fonctionnement des mécanismes de justice transitionnelle, nous procéderons à une analyse approfondie ainsi qu'à une conceptualisation des mécanismes de justice transitionnelle. Nous étudierons le contenu juridique des normes, à savoir: le droit à la vérité, le droit à la justice, le droit à la réparation et le droit aux garanties de non répétition. Cela nous permettra de mieux appréhender les relations que celles-ci entretiennent avec les responsabilités pour crimes de génocide. Pour ce faire, nous nous interrogerons sur le problème de savoir si ces droits doivent être entendus comme des « principes en émergence »¹⁰¹, ou du « soft law » ou s'ils sont des droits absolus et obligatoires au regard du droit international ou encore s'ils sont des normes à la fois contraignantes et souples.

Compte tenu de la limitation de notre étude au positivisme juridique, nous aurons recours aux normes du droit international, principalement à celles du droit international coutumier, à celles du droit international humanitaire (D.I.H.), à celles du droit pénal international (D.P.I.), à celles du droit international des droits de la personne (D.I.D.P.) et à celles du droit international public (D.I.P.).

¹⁰¹ Juan E. Méndez, « Accountability for Past Abuses », *supra* note 80 à la p 261.

Compte tenu du fait que notre étude porte sur les cas de génocide de l'ex-Yougoslavie et du Rwanda, la doctrine existante sur ces pays en matière de justice transitionnelle servira à « problématiser » notre travail. Toutefois, nos analyses s'enrichiront aussi de la littérature portant sur d'autres expériences de justice transitionnelle, notamment celles de l'Afrique du Sud, de l'Ouganda et de la Sierra Leone, de la Colombie, du Guatemala etc. Cela nous permettra de dégager les principes et les règles du droit international qui ont été appliqués dans ces contextes et d'examiner leur mise en œuvre dans les cas de l'ex-Yougoslavie et du Rwanda. Il convient cependant de souligner que nous n'avons pas la prétention d'épuiser toutes les questions relatives à la justice transitionnelle dans ces deux cas d'études. Nous chercherons juste à répondre au mieux possible à la question de l'arrimage entre les responsabilités pour crimes de génocide et certains enjeux de la justice transitionnelle. Aussi, notre projet se limitera principalement aux États « hôtes » des crimes de génocide et traitera tout particulièrement des phases de justice transitionnelle. Il ne s'intéressera pas aux périodes de conflit ou d'avant-conflit avec la possibilité pour les États tiers d'intervenir sur la base de la responsabilité de protéger, doctrine beaucoup plus pertinente aux objectifs de la communauté internationale quant à la prévention des violations massives des droits de l'Homme en général et du génocide en particulier.

Par ailleurs, puisque notre sujet porte sur le génocide, nous allons aussi nous servir principalement de la jurisprudence pertinente des tribunaux internationaux de l'ex-Yougoslavie, du Rwanda, des tribunaux Gacaca du Rwanda, et de l'Arrêt de la C.I.J. dans l'affaire relative à l'application de la Convention de 1948, (*Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, Arrêt du 26 février 2007)¹⁰² pour mener nos recherches. Pour structurer notre réflexion, nous avons choisi de faire un plan en trois chapitres.

¹⁰² L'arrêt de la Cour internationale de Justice (ci-après C.I.J.), sur l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007, [ci-après : Arrêt sur le génocide].

Le premier chapitre est consacré au cadre historique et juridique du génocide. En effet, compte tenu de l'extrême gravité qui caractérise le crime de génocide en droit international, nous pensons que pour mieux cerner tous les enjeux de ce crime, il importe d'exposer l'histoire de ce crime et sa définition en droit international (1.1). Il s'agira de montrer sommairement l'évolution historique du génocide depuis Nuremberg jusqu'à nos jours ; de préciser la particularité de ce crime en droit international et d'exposer les différentes responsabilités qui peuvent être engagées lors de la commission de ce crime (1.2).

Le deuxième chapitre est relatif au cadre historique et juridique des mécanismes de justice transitionnelle. Dans cette partie, nous procéderons tout d'abord à une conceptualisation des mécanismes de justice transitionnelle (2.1). Cela nous conduira à exposer l'évolution historique de ces mécanismes ; à montrer comment ces dispositifs sont passés du paradigme du déni de justice au paradigme de la lutte contre l'impunité des crimes internationaux à travers les quatre mesures désormais « obligatoires » dans tout processus de justice transitionnelle qui sont : le droit de savoir, le droit à la justice, le droit aux réparations et le droit aux garanties de non-répétition. Par ailleurs, pour mieux comprendre ces « obligations », il nous semble nécessaire d'étudier la nature juridique de ces quatre mesures (2.2).

Le troisième chapitre porte sur la relation entre la justice transitionnelle et les principes de responsabilités pour crimes de génocide dans les contextes de l'ex-Yougoslavie et du Rwanda. Pour ce faire, nous étudierons tout d'abord l'adéquation entre la justice transitionnelle et les responsabilités pour crimes de génocide dans les deux contextes (3.1). Ensuite, d'autre part, nous exposerons les contradictions qui existent entre les deux mécanismes (3.2).

Notre travail conclura avec une synthèse entre les éléments de complémentarité et les éléments de contradiction du rapport justice transitionnelle - responsabilités pour crimes de génocide. Ce qui nous conduira à l'exposé de notre position quant à ce

rapport. Aussi, nous apporterons quelques remarques sur la contribution centrale de nos réflexions sur la problématique de la justice transitionnelle dans les contextes de commission de crimes internationaux de façon générale et du crime de génocide en particulier.

CHAPITRE I

LE CADRE HISTORIQUE ET JURIDIQUE DU CRIME DE GÉNOCIDE

Dans ce chapitre, nous évoquerons tout d'abord, l'historique et la définition du génocide en droit international (1.1). Ensuite, nous éluciderons les questions de responsabilité attachées à ce crime (1.2). Cette démarche nous permettra d'appréhender les enjeux sous-jacents au crime de génocide lorsque celui-ci fait l'objet de justice transitionnelle.

1.1 L'historique du crime de génocide et sa définition

Si l'incrimination du génocide en tant que crime international prend ses origines à partir de la Deuxième Guerre mondiale, l'origine de cette infraction remonte loin dans l'histoire (1.1.1). Après avoir défini les groupes visés par ce crime (1.1.2) et ses éléments constitutifs (1.1.3), nous évoquerons sommairement les infractions voisines de ce crime (1.1.4) et les génocides perpétrés après 1948 (1.1.5).

1.1.1. Les génocides au XXème siècle et le développement du crime de génocide

L'incrimination du génocide prend ses origines loin dans l'histoire. On peut remonter jusqu'au XVIème siècle, notamment lorsqu'apparaît la notion de *civitas maxima*¹⁰³ comme fondement de la coopération pénale internationale¹⁰⁴. Pour Cherif Bassiouni, cette conception juridique trouve son fondement philosophique dans l'universalisme de certaines valeurs issues du droit naturel, élaborées par St Thomas d'Aquin dans sa *Summa Theologica*¹⁰⁵. Elle repose sur la coopération interétatique contre la criminalité, non seulement dans l'intérêt des États, mais aussi dans l'intérêt

¹⁰³ Communauté internationale vue comme un super-État garant de la paix.

¹⁰⁴ M. Cherif Bassiouni, *supra* note 18, à la p 3.

¹⁰⁵ Voir *Ibid.* Pour l'ouvrage de St Thomas d'Aquin, voir, *Summa Theologica*, Westminster, Maryland, Christian Classics, 1981.

de la communauté mondiale telle qu'elle était connue¹⁰⁶. Cependant, cette coopération n'allait pas jusqu'à obliger les États à agir à l'encontre de leur volonté politique, car ceci aurait porté atteinte au principe de souveraineté qu'ils protégeaient à tout prix¹⁰⁷. En 1625 déjà, Hugo de Groot, dit Grotius consacre le Livre III de son œuvre *Du droit de la Guerre et de la paix*¹⁰⁸, à recenser les règles fondamentales qui constituent encore aujourd'hui l'ensemble des normes qu'on appelle le « droit international humanitaire » (*jus in bello*). Les Livres I et II portent sur les conditions aux termes desquelles une guerre peut être déclarée juste ou à l'inverse injuste (*jus ad bellum*)¹⁰⁹.

Le Traité de paix de Westphalie de 1648 est souvent considéré comme la base du droit international moderne. Ce droit qui devait régir désormais les États, s'articulait autour de la fiction juridique du consentement des États, et donc du volontarisme, de la reconnaissance mutuelle de l'égalité souveraine et de l'acceptation d'obligations à agir d'une manière spécifique et à s'abstenir de commettre certains types d'actes¹¹⁰. L'idée sous-jacente était que « tout ne pouvait pas être fait », que certaines limites devaient s'appliquer même dans les conditions les plus extrêmes¹¹¹. Mais de 1915 à 1916, on assiste à des massacres d'une ampleur effroyable de la population arménienne de l'Empire Ottoman¹¹². Par le Traité de Sèvres signé le 10 août 1920, mais jamais entré en vigueur, la Turquie reconnaît le droit à un procès,

¹⁰⁶ M. Cherif Bassiouni, *supra* note 18, à la p 3.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ Hugo Grotius, *le droit de la guerre et de la paix*, trad P. Pradier-Fodéré, Paris, Guillaumin et Cie, 1867, republié à Paris, par PUF, coll. « Leviathan », 1999.

¹⁰⁹ Olivier De Frouville, *supra* note 3, à la p 13.

¹¹⁰ Robert J. Currie, *supra* note 10, à la p 4.

¹¹¹ Olivier De Frouville, *supra* note 3, à la p 13.

¹¹² Voir Taner Akçarn, *From Empire to Republic: Turkish Nationalism and the Armenian Genocide*, London, Zed Books, 2004. Richard G. Hovannisian, (éd.), *The Armenian Genocide, History, Politics, ethics*, New York, St Martin's Press, 1991. Robert Melson, *Revolution and Genocide: On the Origine of the Armenian Genocide and the Holocaust*, Chicago, University of Chicago Press, 1992. Vahakn N. Dadrian, « Genocide as a Problem of National and International Law: The World War I Armenian Case and its Contemporary Legal Ramifications », (1989) 14 *Yale Journal of International Law* 221. Vahakn N. Dadrian, *Warrant for Genocide, Key element for Turko-Armenian Conflict*, New Brunswick, NJ: Caravan Books, 1990.

nonobstant toutes procédures ou poursuites devant un tribunal turc (art. 226), et est obligée de libérer toutes les personnes accusées d'avoir commis des actes en violation des lois et coutumes de la guerre¹¹³. Le Traité de Sèvres contenait une innovation majeure. Il envisageait la poursuite des crimes qui sont qualifiés aujourd'hui de « crimes contre l'humanité » et de crime de guerre¹¹⁴. Dans une déclaration du 24 mai 1915, les gouvernements de la France, de la Grande Bretagne et de la Russie affirmaient qu'

en présence de ces nouveaux crimes de la Turquie contre l'humanité et la civilisation, les gouvernements des alliés informent publiquement la Porte Sublime qu'ils tiendront personnellement responsable pour lesdits crimes tous les membres du gouvernement Ottoman ainsi que ses agents qui sont trouvés être impliqués dans ces massacres¹¹⁵.

Il a été considéré que cette déclaration constituait la première utilisation, au moins en droit international, du terme de « crime contre l'humanité »¹¹⁶. Toutefois, la première initiative vers l'établissement de la responsabilité pénale individuelle au regard du droit international peut être placée après la Première Guerre mondiale dans le Traité de paix de Versailles du 28 juin 1919¹¹⁷. On peut signaler les poursuites engagées contre Kaiser Wilhelm II, selon l'article 227 du Traité. Mais, Kaiser s'enfuit et trouva refuge aux Pays-Bas et les alliés, par manque de volonté, abandonnèrent l'idée de le poursuivre¹¹⁸.

Par la suite, l'Association du droit international et l'Association internationale du droit pénal se mirent ensemble pour étudier la question des juridictions pénales

¹¹³ [1920] UKTS 11, Martens, Recueil général des traités 99, 3e série, 12, 1924, à la p 720.

¹¹⁴ Egon Schwelb, « Crimes Against Humanity », (1946) 23 British Yearbook of International Law 178, à la p 182.

¹¹⁵ Cité dans United Nations War Crimes Commission, *History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War*, London: His Majesty's Stationery Office, 1948, à la p 35, [Notre traduction].

¹¹⁶ William A. Schabas, *supra* note 73, à la p 20.

¹¹⁷ Voir 11 Martens Nouveau Recueil Général de Traités, ser. 3 (1923), aux pp 323 et s. Gerhard Werle, *supra* note 7, à la p 4. Pour plus de détails, on peut consulter M. Cherif Bassiouni, dans Bassiouni (éd.), *International Criminal Law*, Vol. 3, 2nd Ed., 1999, aux pp 33 et s.

¹¹⁸ William A. Schabas, *supra*, note 73, à la p 23. Consulter M. Cherif Bassiouni, *supra* note 4, aux pp 1-2.

internationales¹¹⁹. Leurs efforts aboutirent en 1937 à l'adoption d'un traité par la Ligue des Nations, s'engageant à établir un tribunal pénal international pour réprimer le crime de terrorisme¹²⁰. L'année suivante, la huitième Conférence Internationale des États américains, tenue à Lima au Pérou, examinait la pénalisation des « persécutions pour des motifs raciaux ou religieux »¹²¹. Malheureusement, le massacre des juifs et des Tsiganes d'Europe par le régime d'Hitler était déjà tout près. Durant la Deuxième Guerre mondiale, après qu'Hitler prit le pouvoir en 1933, plus de six millions de juifs furent victimes de la politique d'extermination du Troisième Reich¹²². Des millions de personnes furent tués dans les chambres à gaz. Ce n'était pas seulement le nombre de victimes qui rendit les crimes uniques, mais bien la manière de tuer, la planification bureaucratique et, du début à fin, l'extermination industrielle¹²³. À la fin de la guerre marquée par la victoire des alliés, la Charte du T.M.I. de Nuremberg fut adoptée à la suite des Accords de Londres du 8 août 1945. Un tribunal similaire fut établi aussi à Tokyo pour juger les criminels japonais de 1946 à 1948. Cependant, contrairement aux procès de Nuremberg qui trouvaient leur fondement dans un traité, le fondement juridique des jugements de Tokyo était une directive du Commandant-en-Chef des Forces alliées, Douglas MacArthur du 19 janvier 1946. C'est cette directive qui fonda la Charte du T.M.I. pour l'Extrême-Orient¹²⁴.

Le génocide n'était pas un crime formulé dans les Statuts des T.M.I. de Nuremberg et de Tokyo. Le tribunal s'est plutôt focalisé sur la guerre contre la paix entreprise par les Nazis et leurs violations des lois et des coutumes de la guerre et des crimes contre

¹¹⁹ Voir, *Question of International Criminal Jurisdiction*, UN Doc. A/CN.4/15 (1950), aux para 14-17.

¹²⁰ *Convention pour la création d'une Cour pénale internationale*, League des Nations, JO, Spéc. Supp. No. 156 (1936), LN Doc. C.547(I).M.384(I).1937.V (1938). Faute d'un nombre suffisant de ratifications, ce traité n'est jamais entré en vigueur.

¹²¹ « Final Act of the eighth Interamerican Conference », dans J B Scott, (éd.), *The International Conferences of the American States*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1940, à la p 260.

¹²² Gerhard Werle, *supra* note 7, à la p 253.

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ *Ibid* à la p 12.

l'humanité¹²⁵. Toutefois, lors des procès des Grands criminels de guerre, l'accusation eut recours à plusieurs reprises à ce terme dans l'acte d'accusation, sans qu'il soit repris *expressis verbis* par le jugement qui fait pourtant mention de ce que l'on pourrait appeler une « politique génocidaire » attribuable aux Nazis¹²⁶. Les actes qui pourraient être qualifiés aujourd'hui de génocide, dépourvus alors de toute autonomie juridique furent néanmoins punis, mais en tant que partie intégrante de la catégorie plus générale des crimes contre l'humanité¹²⁷. Comme souligné précédemment, le terme génocide a été inventé pour la première fois par Raphaël Lemkin en 1944 dans son ouvrage intitulé *Axis Rule in Occupied Europe*. Il définit le génocide comme :

a coordinated plan of different actions aiming at the destruction of essential foundations of the life of national groups, with the aim of annihilating the groups themselves. The objectives of such a plan would be the disintegration of political and social institutions, of culture, language, national feelings, religion, and the economic existence of national groups, and the destruction of the personal security, liberty, health, dignity, and even the lives of the individuals belonging to such group¹²⁸.

Lemkin, en étudiant le massacre des Juifs et des Tziganes d'Europe par le régime Nazi, estime que le génocide a pour objectif final l'annihilation des membres d'un groupe donné. Cette étude inspirera la communauté internationale dans le cadre de l'adoption de la Convention de 1948¹²⁹. Ainsi, le 11 décembre 1946, l'A.G.N.U. adopte la Résolution 96 (I), qui qualifie le génocide de « crime international » et en

¹²⁵ T.M.I., jugement du 1er octobre 1946, dans *The Trial of German Major War Criminals. Proceedings of the International Military Tribunal Sitting at Nuremberg, Germany*, Part. 22 (1950), aux pp 463 et s.

¹²⁶ Voir l'acte d'accusation reproduit dans Jugement des Grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, 14 novembre 1945-1er octobre 1946, 1947 vol. I, aux pp 46-47. Olivier de Frouville, *supra* note 3 à la p 83. Voir l'acte d'accusation reproduit dans Jugement des Grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, 14 novembre 1945-1er octobre 1946, 1947 vol. I, aux pp 46-47.

¹²⁷ Vincent Chetail, « La banalité du mal de Dachau au Darfour : Réflexion sur l'évolution du concept de génocide depuis 1945 », (2007) 131 Relations internationales 49, à la p 50. Leila Nadya Sadat, *The International Criminal Court and the Transformation of the International Law: Justice for the New Millenium*, Ardsley, New York, Transnational Publishers, 2002, à la p 141.

¹²⁸ Raphael Lemkin, *supra* note 72, 1944, aux pp 79-95.

¹²⁹ Convention de 1948, *supra* note 11.

donne une première définition officielle¹³⁰. Selon la Résolution, ce qui est en réalité puni dans le crime de génocide, c'est le fait de refuser le droit à l'existence-même de certains groupes¹³¹. Ce crime qui était en quelque sorte une *lex specialis*¹³² par rapport aux crimes contre l'humanité acquiert désormais son autonomie avec l'adoption de la Convention de 1948¹³³. Il s'agissait là du tout premier instrument juridique international contraignant sur le génocide et « sur lequel reposait l'espoir de tant d'hommes et de tant d'États »¹³⁴. La Convention considère le génocide comme un crime de droit des gens et convie les États parties à le prévenir et le punir (Article I). En outre, elle engage la responsabilité pénale individuelle des personnes qui commettent le génocide, sans égard à leur position officielle (Article IV). Elle oblige aussi les parties contractantes à prendre, conformément à leurs constitutions respectives, les mesures législatives nécessaires pour assurer l'application des dispositions de la Convention, et notamment à prévoir des sanctions pénales efficaces frappant les personnes coupables de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'art. III. (Article V). Elle engage enfin les États à ne pas considérer le

¹³⁰ L'alinéa 1 du Préambule de la Résolution 96 (I) définissait le génocide comme étant « le refus du droit à l'existence de groupes humains entiers alors que l'homicide est le refus du droit à l'existence à un individu: un tel refus bouleverse la conscience humaine, inflige de grandes pertes à l'humanité qui se trouve ainsi privée des apports culturels ou autres de ces groupes, et est contraire à la loi morale ainsi qu'à l'esprit et aux fins des Nations Unies. La répression du crime de génocide est une affaire d'intérêt international ». UN Doc. A/RES/1/96 (1946). Voir aussi, Maryam Massrouri et Loredana Magri, « Le génocide », dans Laurent Moreillon, Aude Bichovsky et Maryam Massrouri (éds.), *supra* note 89 à la p 232.

¹³¹ Résolution 96 (I) UN Doc. A/RES/1/96 (1946). Ce même point a été réitéré, entre autre, dans l'Avis Consultatif du 28 Mai 1951 (*Réserve à la Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide*), *supra* note 77, à la p 23. *Procureur c. Akayesu*, ICTR-96-4-T, T.P.I.R., (Chambre de première instance, Jugement du 2 septembre 1998), au para 469. *Procureur c. Jelisić*, T.P.I.Y., (Chambre de première instance, Jugement du 14 Décembre 1999), aux para 69 et s. *Procureur c. Krstić*, IT-98-33-T, T.P.I.Y., (Chambre de première instance, Jugement du 2 août 2001), para 551 et s.

¹³² Robert Kolb, *supra* note 5, à la p 74.

¹³³ Le génocide n'est plus une *lex specialis* aux crimes contre l'humanité. Les deux crimes peuvent désormais être prononcés de façon cumulative pour les mêmes faits. Voir Gerhard Werle, *supra* note 7, à la p 284. Consulter également, *Procureur c. Musema*, Cas No. ICTR-96-13-A, T.P.I.R., (Chambre d'appel, Jugement du 16 novembre 2001), au para 366 et s. *Procureur c. Krstić*, IT-98-33-A, T.P.I.Y., (Chambre d'appel, Jugement du 19 avril 2004), aux para 219 et s.

¹³⁴ Antonio Cassese, « La communauté internationale et le génocide », *supra* note 74, à la p 184.

génocide et les actes énumérés à l'art. III comme des crimes politiques en matière d'extradition (Article VII).

La définition du génocide telle qu'inscrite dans la Convention ne reprend toutefois pas celle que lui a donné Lemkin, mais l'esprit n'y est pas moins présent. À l'article II de la Convention, on peut lire:

le génocide s'entend de l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel:

- a) meurtre de membres du groupe;
- b) atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe;
- c) soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle;
- d) mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe;
- e) transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe¹³⁵.

L'article II de la Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide consacre pour la première fois la définition du génocide dans un instrument juridique international¹³⁶. Aujourd'hui, la substance de cette disposition fait partie du droit international coutumier¹³⁷. Cette formulation du crime dans la Convention a été reprise *verbatim* à l'Article 4(2) du Statut du T.P.I.Y., à l'Article 2(2) du Statut du T.P.I.R. et à l'Article 6 du Statut de la C.P.I.¹³⁸.

¹³⁵ Art. II de la Convention de 1948, *supra* note 11.

¹³⁶ Pour l'histoire de la Convention, on peut consulter Pieter Nicolaas Drost, *The Crime of State*, Vol. II: Genocide, Leiden, A. W. Sythoff, 1959, aux pp 1 et s. Leo Kuper, *supra* note 70, aux pp 19 et s. William Schabas, *Genocide in International Law*, 2000, Cambridge, Cambridge University Press, au pp 14 et s. Yves Ternon, *L'État criminel: les génocides du XXe siècle*, Paris, Éditions du Seuil, 1995, aux pp 17 et s.

¹³⁷ Voir *Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (nouvelle requête: 1962) (Belgique c. Espagne)* C.I.J., Recueil, 1970, à la p 32, aux para 33-34. *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J., Recueil 2006, à p 6, au para 64. L'Arrêt sur le génocide, *supra* note 102, au para 161.

¹³⁸ Sauf exception, la « définition du génocide » se référera toujours à celle de l'Art. II de la Convention sur le génocide, *supra* note 11.

Par ailleurs, l'article III de la Convention dispose que: « [s]eront punis les actes suivants: a) le génocide ; b) l'entente en vue de commettre le génocide ; c) l'incitation directe et publique à commettre le génocide ; d) la tentative de génocide ; e) la complicité dans le génocide »¹³⁹. C'est donc dire que l'entente, l'incitation directe ou publique, ainsi que la tentative sont considérées comme des infractions formelles et engagent la responsabilité individuelle de l'auteur, indépendamment du fait qu'un génocide ait été effectivement commis par la suite¹⁴⁰. Toutefois, pour mieux appréhender toute la particularité du crime de génocide, il convient de déterminer les éléments matériels et psychologiques qui le constituent.

1.1.2. Les éléments constitutifs du génocide

Malgré les nombreuses controverses sur sa définition, il est admis que le génocide, comme d'ailleurs tous les autres crimes en droit pénal, comporte deux éléments caractéristiques. On a d'une part, l'acte répréhensible pénalement, et l'intention de commettre cet acte d'autre part. Dans la jurisprudence internationale, le crime de génocide comporte deux éléments¹⁴¹. Le premier est matériel ou objectif ou *actus reus* et renferme deux composantes. Nous avons d'abord les agissements prohibés à savoir que le crime doit prendre la forme : a) d'un meurtre; b) d'une atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale; c) de la soumission intentionnelle d'un groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique; d) de mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe; ou e) du transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe. Le second élément objectif concerne le groupe pris pour cible, qui doit être un groupe national, ethnique, racial ou religieux¹⁴².

¹³⁹ Art. III de la Convention sur le génocide *supra* note 11.

¹⁴⁰ Olivier de Frouville, *supra* note 3 à la p 86. Toutefois, l'article III qui est reproduit dans les statuts des deux tribunaux *ad hoc*, ne figure pas dans le statut de la CPI. Dans ce dernier, seulement l'incitation directe ou publique à commettre le génocide est reprise à l'article 25. L'entente, la tentative et la complicité sont prises en compte à travers les formes de responsabilités communes à tous les crimes énumérés à l'article 25.

¹⁴¹ *Procureur c. Radislav Krstić*, IT-98-33, T.P.I.Y., (Chambre de première instance, Jugement du 2 août 2001).

¹⁴² Art. II de la Convention sur le génocide, *supra* note 11.

Le deuxième élément constitutif du crime de génocide est subjectif. Il est qualifié de *mens rea* et a une double variante : a) l'intention criminelle requise pour que le crime sous-jacent soit constitué (meurtre, atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale, etc.) et b) l'intention de détruire, en tout ou en partie, le groupe comme tel. Cette seconde intention est un dol criminel aggravé ou dol spécial : elle suppose que l'auteur ait sciemment voulu que les actes prohibés entraînent la destruction, en tout ou en partie, du groupe comme tel, et ait su que ses actes détruiraient, en tout ou en partie, le groupe comme tel¹⁴³. Selon la jurisprudence internationale, l'intention de détruire le groupe en partie, signifie l'intention de détruire un nombre considérable d'individus¹⁴⁴ ou une partie substantielle¹⁴⁵ mais non pas forcément une partie très importante du groupe¹⁴⁶. Aussi, il convient de noter que ce n'est pas le mobile sous-jacent au génocide qui importe, mais bien l'existence ou non de l'intention spécifique spéciale requise de détruire un des groupes protégés¹⁴⁷. Cette intention spécifique est appelée *dolus specialis*¹⁴⁸. Dans l'affaire *Akayesu* précitée, la Chambre de première instance du T.P.I.R. a mis en évidence cette particularité du génocide, en soulignant que celui-ci « se distingue d'autres crimes en ce qu'il comporte un dol spécial ou *dolus specialis*. [...] le dol spécial du crime de génocide réside dans "l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, racial, ethnique ou religieux en tant que tel" »¹⁴⁹. Bien que le *dolus specialis* soit la pierre angulaire du crime de génocide,

¹⁴³ Rapport de la Commission Internationale d'enquête sur le Darfour au Secrétariat général des Nations Unies du 25 janvier 2005, UN Doc. S/2005/60, [Ci-après: Rapport sur le Darfour], au para 491.

¹⁴⁴ *Procureur c. Kayishema et Ruzindana*, ICTR-95-1-T, T.P.I.R., (Chambre de première instance, Jugement du 21 mai 1999), au para 97.

¹⁴⁵ *Procureur c. Jelisić*, IT-95-10, T.P.I.R., (Chambre de première instance, Jugement du 14 décembre 1999), au para 82 ; *Procureur c. Bagilishema*, ICTR-95-1A-T, T.P.I.R., (Chambre de première instance, Jugement du 7 juin 2001), au para 64.

¹⁴⁶ Voir Rapport sur le Darfour, *supra* note 143 au para 492. Pour Benjamin Whitaker, *Revised and Updated Report on the Question of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, E/CN.4/Sub.2/1985/6 (1985), au para 29, l'expression "en partie" renvoie à « une proportion raisonnablement forte du groupe ou une fraction représentative du groupe, telle que ses dirigeants ».

¹⁴⁷ *Procureur c. Jelisić* IT-95-10-A, T.P.I.Y., (Chambre d'appel, Jugement du 5 juillet 2001), au para 49.

¹⁴⁸ Arrêt sur le génocide, *supra*, note 102, au para 187.

¹⁴⁹ *Procureur c. Akayesu*, ICTR-96-4-T, T.P.I.R., (Chambre de première instance, Jugement du 2 septembre 1998), au para 498.

il reste aussi sa pierre d'achoppement. En effet, le fait de requérir toujours ce dol, c'est-à-dire l'« intention de détruire un des groupes protégés » comme une caractéristique essentielle du crime de génocide, offre une échappatoire commode aux États¹⁵⁰. Ceux-ci ont de ce fait la possibilité de nier la commission d'un génocide en alléguant simplement que l'intention génocidaire manquait. Il convient alors de se demander s'il n'existe pas une véritable « *prova diabolica* »¹⁵¹ compte tenu de l'exigence de l'intention spécifique du crime de génocide. La jurisprudence s'est penchée sur les critères de preuve pour ce crime. Ainsi, au regard du texte de la Convention de 1948, il n'est pas nécessaire que l'auteur ait l'intention de détruire le groupe en entier ; l'intention de le détruire en partie suffit¹⁵². Toutefois, on peut se demander ce que signifie l'intention de détruire en tout ou en partie le groupe comme tel. En effet, la politique nazie en vue de réaliser la « solution finale » peut être interprétée comme visant la destruction du groupe juif en entier ou en partie seulement, c'est-à-dire la portion du groupe se trouvant sur le territoire sur lequel les forces nazies exerçaient leur pouvoir¹⁵³. Dans la jurisprudence du T.P.I.Y., celui-ci a précisé que la destruction du groupe en tout ou en partie doit être le but premier poursuivi par l'auteur du crime¹⁵⁴. Aussi, l'intention génocidaire peut porter sur les membres d'un groupe large vivant dans une place particulière¹⁵⁵. Le T.P.I.Y. a en

¹⁵⁰ Antonio Cassese, « La communauté internationale et le génocide », *supra* note 74, à la p 184.

¹⁵¹ Terme emprunté à Anne-Marie La Rosa, *Juridictions pénales internationales, la procédure et la preuve*, Paris, PUF, 2003, à la p 415.

¹⁵² *Procureur c. Jean Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, T.P.I.R., (Chambre de première instance, Jugement du 2 septembre 1998), au para 497.

¹⁵³ Anne-Marie La Rosa et Santiago Villalpando, « Le crime de génocide revisité, nouveau regard sur la définition de la Convention de 1948 à l'heure de son cinquantième anniversaire, tentative d'appréhension des éléments constitutifs du crime », dans Katia Boustany et Daniel Dormoy (dir.), *Génocide(s)*, Bruxelles, éditions Bruylant, aux pp 53-110, à la p 87.

¹⁵⁴ *Procureur c. Jelisić*, IT-95-10-A, T.P.I.Y. (Chambre d'appel, Jugement du 5 juillet 2001), aux para 46 et s.

¹⁵⁵ *Procureur c. Jelisić*, IT-95-10, T.P.I.Y. (Chambre de première instance, Jugement du 14 décembre 1999), au para 83. *Procureur c. Krstić* IT-98-33-T, (Chambre de première instance, Jugement du 2 août 2001) au para 590. Pour un point de vue critique, on peut consulter Claus Kress, « The Crime of Genocide under International Law », (2006) 6 International Criminal Law Review 461, aux pp 489 et s.

autre soutenu le critère "substantiel" qui peut être à la fois quantitatif et qualitatif¹⁵⁶. L'intention de détruire une part significative du groupe est suffisante. Il en est ainsi de l'intention d'exterminer une portion représentative du groupe, telle que ses leaders intellectuels¹⁵⁷. Il n'est pas non plus nécessaire que l'auteur ait planifié au préalable son acte, il suffit que l'intention destructrice soit présente au moment de l'exécution de l'acte criminel¹⁵⁸. Par ailleurs, « l'intention spécifique exige que l'auteur du crime, en commettant l'un des actes prohibés énumérés à l'article 4 du Statut, souhaite détruire en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel »¹⁵⁹. À cet égard, l'intention requiert que l'auteur vise sa victime en se fondant sur son appartenance au groupe¹⁶⁰. On peut aussi retenir comme preuve de l'intention, l'attitude calomnieuse de l'auteur par rapport au groupe victime, le caractère systématique et répété des actions politiques posées par l'accusé, le projet de créer un État ethniquement homogène, le caractère massif des effets destructeurs, le type d'arme utilisé, le viol systématique des femmes appartenant au groupe visé, l'existence d'un plan ou d'une politique systématiquement dirigée contre le groupe¹⁶¹. Il convient toutefois de souligner que, selon la C.I.J., l'intention génocidaire ne peut, en revanche, être inférée de la simple utilisation de l'arme nucléaire, malgré sa capacité de destruction massive inhérente¹⁶². De plus, il convient de préciser que la Commission sur le Darfour et la C.I.J. ont toutes deux adopté ce qui est appelé le « *purpose-based approach to genocidal intent* », c'est-à-dire l'approche selon laquelle

¹⁵⁶ *Procureur c. Krstić*, IT-98-33-A, T.P.I.Y., (Chambre d'appel, Jugement du 19 avril 2004), au para 12 et s. *Procureur c. Jelisić*, IT-95-10, T.P.I.Y., (Chambre d'appel, Jugement du 14 décembre 1999), au para 82.

¹⁵⁷ Gerhard Werle, *supra* note 7, à la p 277.

¹⁵⁸ *Procureur c. Krstić*, IT-98-33-T, T.P.I.Y., (Chambre de première instance, Jugement du 2 août 2001) au para 572. Un point de vue contraire a été toutefois adopté entre autres dans *Procureur c. Kayishema et Ruzindana*, ICTR-95-1-T, T.P.I.R. (Chambre de première instance, Jugement du 21 mai 1999), au para 91.

¹⁵⁹ *Procureur c. Jelisić*, IT-95-10-A, T.P.I.Y. (Chambre d'appel, Jugement du 5 juillet 2001), au para 46.

¹⁶⁰ *Procureur c. Niyitegeka*, ICTR-96-14-A, T.P.I.R., (Chambre d'appel, Jugement du 9 juillet 2004), au para 47 et s. *Procureur c. Akajesu*, ICTR-96-4-T, (Chambre de première instance, Jugement du 2 septembre 1998), aux para 521 et s.

¹⁶¹ Anne-Marie La Rosa, *supra* note 151, à la p 415.

¹⁶² C.I.J., *Avis consultatif du 8 juillet 1996 relatif à la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, C.I.J., Recueil 1996, à la p 226, à la p 240, aux para 25-26.

l'accusé doit avoir dans son intention les résultats de son action¹⁶³. Elles semblent par contre, toutes deux, abandonner ce qui est appelé le « *knowledge-base approach* » voulant que l'intention génocidaire se trouve dans le fait que l'accusé sache que de son action résultera la destruction de tout ou une partie du groupe protégé¹⁶⁴.

Par ailleurs, c'est essentiellement la double exigence de l'élément psychologique qui fait du génocide un crime particulier et le distingue du crime contre l'humanité et des autres crimes internationaux¹⁶⁵. L'élément intentionnel distingue tout d'abord le génocide du crime de guerre. Le crime de guerre est défini comme « la violation des lois et coutumes de la guerre »¹⁶⁶ dont le contenu exact est défini à l'article 8 du Statut de Rome. Ce crime est donc une violation du droit international humanitaire, lequel dans sa conception traditionnelle est un corps de règles applicables en cas de conflit armé, international ou interne¹⁶⁷. Cependant, la norme défendant le génocide dépasse le domaine d'application du droit humanitaire. Celui-ci pouvant être commis en temps de guerre comme en temps de paix¹⁶⁸. Aussi, contrairement aux crimes de guerre, la situation de la victime, sa nationalité, le caractère civil, n'importent pas pour la qualification de génocide¹⁶⁹. Le génocide ne vise pas à limiter les méthodes et les moyens de guerre, mais plutôt à protéger de la destruction les groupes ciblés par la

¹⁶³ Andrew B. Loewenstein et Stephen A. Kostas, « Divergent Approaches to Determining Responsibility for Genocide: The Darfur Commission of Inquiry and the ICJ's Judgment in the Genocide case », (2007) 5 *Journal of International Criminal Justice* 839, à la p 845.

¹⁶⁴ *Ibid.* On peut aussi consulter, Alexander K. A. Greenawalt, « Rethinking Genocidal intent: The case of a Knowledge-base Interpretation », (1999) 99 *Columbia Law Review*, aux pp 2259-2294. Pour la critique de cette approche, on peut utilement consulter Claus Kress, « The Darfur Report and Genocidal Intent », (2005) 3 *Journal of International Criminal Justice* 562. Harman G. van der Wilt, « Genocide, Complicity in Genocide and International v. Domestique Jurisdiction », (2006) 4 *Journal of International Criminal Justice* 239.

¹⁶⁵ Marko Milanovic, « State Responsibility for Genocide » (2006) 17:3 *European Journal of International Law* 553, à la p 558. Vincent Chetail, *supra* note 127, à la p 54.

¹⁶⁶ Vincent Chetail, *supra*, note 127, à la p 54.

¹⁶⁷ Anne-Marie La Rosa et Santiago Villalpando, *supra* note 181, à la p 64.

¹⁶⁸ Article premier de la Convention sur le génocide, *supra* note 11.

¹⁶⁹ Anne-Marie La Rosa et Santiago Villalpando, *supra* note 153 à la p 64. Vincent Chetail, *supra* note 127, à la p 54.

norme¹⁷⁰. Toutefois, il est très fréquent que les génocides soient fréquemment commis dans un contexte de conflit armé et que leurs auteurs justifient souvent leur comportement par l'action militaire¹⁷¹. De plus, un acte peut être qualifié tant de génocide que de crime de guerre¹⁷².

Le génocide se distingue aussi des crimes contre l'humanité à plusieurs égards. Ces derniers sont définis à l'article 7 du Statut de Rome comme « une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile ». Si dans sa systématique le génocide fut par le passé inclus dans la catégorie plus grande des crimes contre l'humanité¹⁷³, il se distingue désormais de ces derniers depuis la Convention de 1948 par deux particularités. En effet, en théorie, le génocide peut être constaté sur la base d'un seul acte ponctuel, alors que le crime contre l'humanité est par définition de nature collective, car il vise "la population civile" en général¹⁷⁴. Par ailleurs, le statut civil ou combattant n'importe pas pour la qualification de génocide. Il faut seulement que l'un des groupes protégés soit pris pour cible dans le but de le détruire partiellement ou intégralement.

Malgré le dol spécial qui fait du génocide un crime tout particulier et le différencie des autres crimes internationaux, il ne faudrait pas y voir une hiérarchie qui mettrait le génocide au sommet. La catégorie des crimes contre l'humanité peut être aussi odieuse et susciter la même indignation. La question s'est posée devant la Chambre d'appel du T.P.I.R. dans l'affaire *Kayishema et Ruzindana* quand les accusés ont reproché à la Chambre de première instance d'avoir commis une erreur en déclarant

¹⁷⁰ *Procureur c. Akayesu*, ICTR-96-4-T, T.P.I.R., (Chambre de première instance, Jugement du 2 septembre 1998), au para 469.

¹⁷¹ *Ibidem* para 112 et 127-128.

¹⁷² Anne-Marie La Rosa et Santiago Villalpando, *supra* note 153, à p 65. *Procureur c. Akayesu*, ICTR-96-4-T, T.P.I.R., (Chambre de première instance, Jugement du 2 septembre 1998), au para 469.

¹⁷³ Voir Stefan Glaser, *Droit international pénal conventionnel*, Bruxelles, Bruyant, 1970, aux pp 107-109. Jean Gaven, « Les crimes contre l'humanité », Recueil des cours de l'Académie de droit international, vol. I, tome 76, Paris, Sirey, 1950, à la p 478.

¹⁷⁴ Vincent Chetail, *supra* note 127 à la p 54.

que le crime de génocide constituait le "crime des crimes", car selon eux, une telle gradation hiérarchique n'existait pas¹⁷⁵. La Chambre d'appel leur a donné raison en soulignant qu'elle « fait observer qu'il n'y a aucune hiérarchie entre les crimes en vertu du Statut et que tous les crimes prévus constituent des "violations graves du droit international humanitaire" susceptibles d'entraîner l'application de la même sentence »¹⁷⁶. Toutefois, pour une meilleure définition du crime de génocide, il convient de mieux cerner les différents groupes visés par ce crime.

1.1.3. Les groupes visés par le génocide

La conduite qui est punissable en tant que crime de génocide au regard de l'article II de la Convention de 1948¹⁷⁷ est de vouloir détruire en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux comme tel. Dans le jugement du T.P.I.R. en première instance dans le cadre de l'affaire *Rutaganda*, il est reconnu « qu'il n'y a aucune définition précise généralement et internationalement acceptée [des concepts de groupe national, ethnique, racial et religieux] »¹⁷⁸. En effet, certaines notions telles que celles de groupe "national" et de groupe "ethnique" peuvent se recouper, alors que la notion de groupe "racial" est, de nos jours, universellement considérée comme dépassée ou même fautive¹⁷⁹. Toutefois, selon le principe d'interprétation des règles du droit international qui veut que l'on donne à ces règles leur effet maximal, selon l'adage *ut res magis valeat quam pereat*¹⁸⁰, dans l'affaire *Akayesu*, il a été tenté de

¹⁷⁵ Rapport sur le Darfour, *supra* note 143, au para 506.

¹⁷⁶ *Procureur c. Kayishema et Ruzindana*, ICTR-95-1-A, T.P.I.R., (Chambre d'appel, Jugement du 1er juin 2001), au para 367. Notons toutefois que selon la Chambre d'appel, « la description faite par la Chambre de première instance, désignant le génocide comme "le crime des crimes" relevait de l'appréciation générale et n'a pas eu d'impact sur la sentence imposée. En outre, à l'analyse des constatations de la Chambre de première instance, il apparaît clairement que l'élément central de sa conclusion touchant la gravité des infractions a trait au fait que le génocide en soi est un crime extrêmement grave. Cette observation est correcte et, pour ces raisons, la Chambre de première instance n'a commis aucune erreur en sa conclusion sur ce point ».

¹⁷⁷ Voir note 136.

¹⁷⁸ [Notre traduction], voir *Procureur c. Rutaganda*, Cas No. ICTR-96-3-T, T.P.I.R., (Chambre de première instance, 6 décembre 1999), au para 55.

¹⁷⁹ Rapport sur le Darfour, *supra* note 143, au para 494. Robert Kolb, *supra*, note 5 à la p 75.

¹⁸⁰ *Ibid.*

définir ces concepts. Ainsi, par groupe national, il faut entendre des individus porteurs d'une citoyenneté commune¹⁸¹. Le critère utilisé est formel car la citoyenneté est déterminée par l'appartenance officielle d'une personne à un État et attestée par des documents officiels¹⁸². Mais il convient de souligner que la jurisprudence y a assimilé les « minorités nationales », soudées par l'histoire, les usages, la culture, la langue ou d'autres critères communs¹⁸³. Le groupe ethnique renvoie à des groupes basés sur une langue et/ou une culture commune¹⁸⁴. Les groupes raciaux se déterminent par des caractéristiques physiques héréditaires¹⁸⁵. Quant aux groupes religieux, ils sont basés sur des convictions religieuses ou des pratiques religieuses communes¹⁸⁶.

Certains auteurs, ainsi qu'une partie de la jurisprudence internationale considèrent que cette définition des groupes visés est trop restrictive et militent en faveur d'une définition plus large. Cette définition exclut par exemple, les groupes (minorités) politiques et culturelles¹⁸⁷. Mais la Chambre de première instance du T.P.I.R., dans l'affaire *Akayesu* s'est plutôt fondée sur des critères plus objectifs pour déterminer si la minorité Tutsi entrain dans les catégories de groupes prévues à l'article II de la Convention sur le génocide¹⁸⁸. Selon la Chambre, les Tutsi et les Hutu étaient perçus par la population rwandaise comme des entités ethniques séparées, mais il était

¹⁸¹ *Procureur c. Akayesu*, ICTR-96-4-T, T.P.I.R., (Chambre de première instance, 2 septembre 1998), au para 512. Pour une réponse critique à cet aspect du jugement, voir William A. Schabas, *supra* note 73, aux pp 134-139.

¹⁸² Robert Kolb, *supra* note 5 à la p 75.

¹⁸³ *Le Procureur c. Radislav Krstić*, IT-98-33, T.P.I.Y., (Chambre de première instance, Jugement du 2 août 2001), au para 555. Voir aussi Robert Kolb, *supra* note 5 à la p 75.

¹⁸⁴ *Procureur c. Akayesu*, ICTR-96-4-T, T.P.I.R., (Chambre de première instance, Jugement du 2 septembre 1998), au para 513.

¹⁸⁵ *Ibid* au para 514.

¹⁸⁶ Voir Mathieu R. Lippman, « The Convention on The Prevention and Punishment of The Crime of Genocide » (1998) 15 Arizona Journal of International and Comparative Law 415, à la p 456 et s. *Procureur c. Akayesu*, ICTR-96-4-T, T.P.I.R., (Chambre de première instance, 2 septembre 1998), au para 515.

¹⁸⁷ Voir à ce titre, Helen Fein, « Scenarios of Genocide: Model of Genocide and Critical responses », dans Kurt Jonasson, (dir.), *Toward the understanding and Prevention of Genocide: Proceedings of the International Conference on the Holocaust and Genocide by Israel W. Charny*, (1986) 15:3 *Contemporary Sociology* 493.

¹⁸⁸ *Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, T.P.I.R., (Chambre de première instance, Jugement du 2 septembre 1998), aux para 510 et s.

difficile de le justifier à travers une observation objective¹⁸⁹. Finalement, la Chambre a simplement étendu la définition du génocide pour couvrir tous les « groupes stables et permanents », incluant ceux qui ne sont pas explicitement nommés¹⁹⁰. Ce résultat semble être incompatible avec le principe de légalité *nullum crimen sine lege*¹⁹¹ s'appliquant en droit international¹⁹². *Acontrario*, dans le jugement de l'affaire Kayishema et Ruzindana, la Chambre d'appel du T.P.I.R. n'a pas suivi l'approche objective du jugement Akayesu¹⁹³. Depuis lors, l'approche subjective a été prise en considération par le T.P.I.R. Au demeurant, le T.P.I.R. reste favorable à une approche casuistique fondée sur les critères objectifs et subjectifs, en interprétant le concept de groupe à la lumière des contextes politique, social, historique et culturel¹⁹⁴. Le T.P.I.Y. a aussi adopté une approche similaire: le « groupe » est une construction sociale et par conséquent, ses caractéristiques doivent être déterminées selon la perspective sociohistorique du contexte¹⁹⁵. Ainsi, pour classer un groupe de national, ethnique, racial ou religieux, ce qui est le plus important, est la caractéristique selon laquelle les tierces parties fondent leurs perceptions¹⁹⁶. La Commission Internationale d'enquête sur le Darfour, a déclaré en 2005 qu'une combinaison des approches subjectives et objectives faisait désormais partie du droit

¹⁸⁹ Voir *Ibidem* para 702. Voir aussi, Gerhard Werle, *supra* note 7, à la p 259.

¹⁹⁰ Dans l'affaire *Akayesu*, la Chambre préliminaire a conclu que la qualification de « groupe national, ethnique, racial et religieux » pouvait être étendue et inclure tous « les groupes stables et permanents ». Voir *Procureur c. Akayesu*, ICTR-96-4-T, (Chambre de première instance, Jugement du 2 septembre 1998), aux para 510-516.

¹⁹¹ Gerhard Werle, *supra* note 7, à la p 259.

¹⁹² Pour un point de vue critique, voir Payam Akhavan, « The Crime of Genocide in ICTR Jurisprudence », (2005) 3 *Journal of International Criminal Justice* 989, à la p 1000 et s. Antonio Cassese, *International Criminal Law*, *supra* note 25, à la p 139. Rapport sur le Darfour, *supra* note 143, au para 498.

¹⁹³ *Procureur c. Kayishema et Ruzindana*, IT-95-1T, T.P.I.R., (Chambre de première instance II, Jugement du 21 mai 1999), au para 98.

¹⁹⁴ *Procureur c. Nahimana et al.*, ICTR-99-52-A, T.P.I.R., (Chambre d'appel, Jugement du 28 novembre 2007), au para 496. *Procureur c. Rutaganda*, ICTR-96-13-T, T.P.I.R., (Chambre de première instance, Jugement du 6 décembre 1999, au para 56 et s. *Procureur c. Musema*, ICTR-96-13-T, T.P.I.R., (Chambre de première instance, Jugement du 27 janvier 2000, au para 161 et s.

¹⁹⁵ Gerhard Werle, *supra* note 7, à la p 260.

¹⁹⁶ *Procureur c. Goran Jelisić*, IT-95-10, T.P.I.Y., (Chambre de première instance, Jugement 14 décembre 1999), au para 70. *Le Procureur c. Radislav Krstić*, IT-98-33, T.P.I.Y., (Chambre de première instance, Jugement 2 août 2001), au para 557.

international coutumier¹⁹⁷. En outre, dans l'arrêt sur le crime de génocide du 26 février 2007, les deux parties avaient convenu, après de vifs débats devant la C.I.J., que la jurisprudence internationale consacrait une « approche mixte, à la fois subjective et objective »¹⁹⁸ des groupes protégés.

Par ailleurs, malgré les tentatives répétées pour intégrer d'autres groupes dans la définition du génocide, celles-ci ont été un échec¹⁹⁹. Il semble que les groupes protégés aient été limitativement choisis à dessein. Les voies jurisprudentielles tentant d'insérer les autres groupes restent marginales et la tendance générale est à une interprétation stricte de la définition²⁰⁰.

Il existe d'autres crimes graves non prévus par la Convention de 1948, mais qui se rapprochent très fortement du crime de génocide. Nous en évoquons sommairement.

1.1.4. Les infractions voisines du crime de génocide

1.1.4.1 Le « nettoyage ethnique »

Selon la C.I.J., le « nettoyage ethnique » est le fait de « rendre une zone ethniquement homogène en utilisant la force ou l'intimidation pour faire disparaître de la zone en question, des personnes appartenant à des groupes déterminés »²⁰¹. Pour le juge Elihu Lauterpacht, le « nettoyage ethnique » est « une migration forcée de civiles »²⁰². Les avis sont controversés quant à l'origine de l'expression « nettoyage ethnique ». Mais pour Lerner, Petrovic et Schabas, sa première mention remonte à la guerre en ex-Yougoslavie au cours de laquelle de nombreuses minorités nationales ont été

¹⁹⁷ Voir le Rapport sur le Darfour, *supra* note 143, au para 501.

¹⁹⁸ Arrêt sur le génocide, *supra* note 102, au para 191, *in fine*.

¹⁹⁹ William A. Schabas, *supra* note 73, aux pp 153 et s.

²⁰⁰ Olivier de Frouville, *supra*, note 3 à la p 87.

²⁰¹ Voir l'Arrêt sur le génocide, *supra* note 102, au para 190.

²⁰² Application de la Convention sur la prévention and la répression du crime de génocide (*Bosnie-Herzégovine c. Serbie et Monténégro*), 1993, C.I.J. 325, 431, (sept 1993) (Opinion séparée du juge Lauterpacht). Voir aussi, William A. Schabas, « Genocide, Crimes against humanity, and Darfur: The Commission of Inquiry's Findings on Genocide », (2006) 27:4 Cardozo Law Review 1703, à la p 1708.

contraintes à se déplacer²⁰³. Dans tous les cas, le conflit yougoslave semble avoir rendu le concept plus populaire. Dans la foulée du jugement en appel devant le T.P.I.Y., et relativement aux affaires *Blagojević et Jokić*, pour la Cour, le « transfert forcé de population » ou « nettoyage ethnique » peut constituer du génocide²⁰⁴. En outre, la Cour se réfère au préambule de la Résolution 47/121 du Conseil de sécurité, qui soutient que le « "nettoyage ethnique" est une forme de génocide »²⁰⁵. Pour d'autres analystes, selon la Convention de 1948 et le droit international coutumier, « seulement la destruction physique ou biologique d'un groupe humain » constitue du génocide²⁰⁶. La C.I.J. dans son arrêt sur le génocide, semble aller dans ce sens, en laissant toutefois la porte ouverte à une possible assimilation du « nettoyage ethnique » au génocide. Elle déclarait que le « nettoyage ethnique » n'apparaît pas dans la Convention sur le génocide et quela tentative d'en inclure lors de la rédaction de la Convention fut rejetée²⁰⁷. Pour la Cour, les déplacements forcés de personnes ne sauraient constituer une forme de génocide au sens de la Convention que si elles correspondent à l'une des catégories d'actes prohibés par l'article II de la Convention ou relèvent de l'une de ces catégories²⁰⁸. Cependant, la Cour note que cela ne signifie pas que les actes qui sont décrits comme étant du « nettoyage ethnique » ne sauraient jamais constituer un génocide. Elle précise que dans ce cas, il faudrait queles actions soient menées avec l'intention spécifique (*dolus specialis*) nécessaire, c'est-à-dire

²⁰³ Nathan Lerner, *Ethnic Cleansing*, (1994) 24 Israel Year Book of Human Rights 103 ; Drazen Petrovic, *Ethnic cleansing – An attempt at Methodology*, (1994) 5 European Journal of International Law 342. Alors que pour Booth Walling « it is not known who first introduced the phrase ethnic cleansing; indeed its origins are highly contested » C. Booth Walling, « The History and Politics of Ethnic Cleansing », (2000) International Journal of Human Rights, n°3/4, à p 48.

²⁰⁴ *Procureur c. Blagojević et Jokić*, IT-02-60-T, T.P.I.Y., (Chambre de première instance I, Jugement du 17 janvier 2005), au para 663.

²⁰⁵ Résolution 47/121, UN Doc. AG/Res/47/121 (18 Décembre 1992). Voir aussi *Ibid.*

²⁰⁶ *Procureur c. Brdanin*, IT-99-36-T, T.P.I.Y., (Chambre de première instance II, Jugement du 1er septembre 2004), au para 692.

²⁰⁷ Voir l'Arrêt sur le génocide, *supra* note 102, au para 190.

²⁰⁸ *Ibid.*

avec l'intention de détruire le groupe, et non pas seulement de l'expulser de la région²⁰⁹.

Dans la situation du Darfour, la question de savoir si le « nettoyage ethnique » est constitutif de génocide, était le dilemme dans lequel s'est trouvée la Commission d'enquête sur les massacres. La Commission s'est demandé si la déportation forcée des tribus constituait du génocide ou simplement de l'intention génocidaire. La question est très controversée comme le souligne N. J. Udombana²¹⁰. Mais dans l'affaire *Karadžić*, le T.P.I.Y. a souligné qu'« en évacuant les femmes et les enfants, *Karadžić* a démontré qu'il n'avait pas l'intention de détruire totalement ou en partie les musulmans de Srebrenica. La Chambre d'appel du T.P.I.Y. a conclu qu'il manquait d'intention génocidaire »²¹¹. On en déduit donc que pour le tribunal, le « nettoyage ethnique » n'équivaut pas forcément à une intention génocidaire ou à un génocide. Dans tous les cas, la qualification du « nettoyage ethnique » de crimes de génocide poserait deux défis majeurs: 1) montrer tout d'abord que les actes avaient le *dolus specialis* requis pour le crime de génocide ; 2) prouver que ces actions tombaient dans l'une des cinq catégories énumérées dans la définition du crime de génocide²¹². Sur cette question, la C.I.J. a précisé qu'une qualification générale du « nettoyage ethnique » comme un génocide que l'on rencontre parfois est incorrecte²¹³. En effet, une telle désignation *ipso facto* pourrait bien ne pas fonctionner car comme le T.P.I.Y. l'a souligné dans l'affaire *Karadžić*, le but premier du « nettoyage ethnique »

²⁰⁹ *Ibid.*

²¹⁰ Nsongurua J. Udombana, « An Escape from Reason: Genocide and the International Commission of Inquiry on Darfur » (2006) 40:1 The International Lawyer 41.

²¹¹ *Procureur c. Radislav Krstić*, IT-98-33-T, (Chambre de première instance, Jugement du 2 août 2001), aux para 134 et 140; Voir aussi, *Procureur c. Ntakirutimana*, ICTR-96-10-A & ICTR-96-17-A, (Chambre d'appel, Arrêt d'appel du 13 Décembre 2004, au para 500.

²¹² Art. 6(a)(b)(c)(d)(e) du Statut de Rome sur la C.P.I., *supra* note 46.

²¹³ Arrêt sur le génocide, *supra* note 102 au para 190. *Procureur c. Al Bachir*, C.P.I. (Chambre de première instance, décision du 4 mars 2009), aux para 141 et s.

est l'expulsion d'un groupe de population et non pas son extermination²¹⁴. Aussi, tous les actes posés dans un processus de « nettoyage ethnique » n'ont pas forcément une intention génocidaire, à savoir la destruction des maisons ou églises, ainsi que le pillage des propriétés. De certains actes cependant, on peut déduire l'intention génocidaire. Par exemple, les procédés d'exécution et le choix des victimes peut suggérer que l'objectif des auteurs n'était pas juste une expulsion, mais bien aussi une extermination du groupe²¹⁵. De ce fait, même les actes qui ne tombent pas habituellement dans la définition du génocide peuvent être importants pour déterminer une intention génocidaire²¹⁶. Dans plusieurs jugements du T.P.I.Y., le tribunal a soutenu que les massacres et les déplacements de Srebrenica constituaient du génocide²¹⁷.

Par ailleurs, le « nettoyage ethnique » n'est pas la seule infraction assimilée au génocide, d'autres le sont également. Nous les évoquons dans les lignes qui suivent.

1.1.4.2 Les autres crimes proches du génocide

Il semble qu'il y a une grande tendance à vouloir élargir le crime de génocide²¹⁸. Cette propension nous paraît assez surprenante dans la mesure où, si l'idée de la supériorité hiérarchique du génocide doit être écartée, il n'y a plus de raison à vouloir qualifier tous les crimes de génocide, étant donné qu'ils sont susceptibles d'être qualifiés de crimes contre l'humanité. Dans la pratique toutefois, plusieurs propositions sont faites pour assimiler certaines infractions au génocide. Une telle démarche peut s'expliquer

²¹⁴ *Procureur c. Radislav Krstić*, IT-98-33, T.P.I.Y., (Chambre de première instance, Jugement du 2 août 2001), aux para 134 et 140.

²¹⁵ Gerhard Werle, *supra* note 7, à la p 270.

²¹⁶ *Procureur c. Karadžić et Mladić*, IT-95-5-R61 et IT-95-18-R61, T.P.I.Y., (Chambre de première instance, jugement du 11 juillet 1996), au para 94.

²¹⁷ *Procureur c. Krstić*, IT-98-33, T.P.I.Y., (Chambre de première instance, Jugement du 2 août 2001), au para 560 et 594. Confirmé dans *Procureur c. Krstić*, IT-98-33-A, T.P.I.Y. (Chambre d'appel, jugement du 19 avril 2004), au para 37. Affirmé dans l'Arrêt sur le génocide, *supra* note 102, au para 297.

²¹⁸ Voir Gabriel Defert, *Timor-Est: le génocide oublié, Droit d'un peuple et raisons d'États*, Paris, l'Harmattan, 1992, à la p 287. Voir aussi, Maxime Steinberg, « Le génocide, l'histoire ou un imbroglio juridique », dans Katia Boustany et Daniel Dormoy (dir.), *supra* note 153, aux pp 164-168.

par la puissance politique de la qualification de génocide. Il semble en effet, que surtout dans le contexte américain, qu'une qualification de génocide, rendrait incontournable une réponse politique²¹⁹. Par ailleurs, on pourrait se poser la question de savoir si l'on a essayé d'élargir les paramètres de la définition du crime de génocide à cause de l'existence de la Convention de 1948, dans un contexte où jusqu'aux années 1990, l'idée de poursuivre les violations graves des droits de la personne pour crimes contre l'humanité semblait théorique voire utopique²²⁰.

Quelles qu'en soient les raisons, l'expression *démocide* a été employée dans la doctrine par le politologue américain R. J. Rummel comme concept plus large que celui du génocide. Selon l'auteur, l'expression signifie « the intentional government killing of an unarmed person or people »²²¹. Même si l'expression peut paraître pertinente en raison de sa référence aux crimes commis par le gouvernement, elle reste tout de même contestable. En effet, elle porte sur des actes qui peuvent être qualifiés de crimes contre l'humanité ou même de génocide, alors que ces derniers peuvent être commis par des agents gouvernementaux ou par de simples civiles. À ce titre, les qualifications de crimes contre l'humanité et de génocide nous semblent plus pertinentes.

Une autre expression généralement employée par les sociologues est celle de *politicide*. Elle renverrait aux les massacres de masse perpétrés à l'encontre d'un groupe politique²²². Selon les auteurs qui l'emploient, le terme vise à combler les lacunes de la définition du génocide retenue dans la Convention de 1948. En effet, il leur apparaît que contrairement à la résolution de l'A.G.N.U. du 11 décembre 1946

²¹⁹ William A. Schabas, « Genocide, Crimes Against Humanity, and Darfur: The Commission of Inquiry's Findings on Genocide », *supra* note 202, aux pp 1717-1718.

²²⁰ Voir entre autres, le cas particulier des pays du cône sud latino-américain discuté par Sandrine Lefranc, « Les commissions de vérité: une alternative au droit ? », *supra* note 62, aux pp 132-140.

²²¹ Rudolph J. Rummel, *Death by Government*, New Brunswick, Transaction Publishers, 1994, à la p 32.

²²² Voir Barbara Harff et Ted Robert Gurr, « Toward Empirical Theory of Genocides and Politicides: Identification and Measurement of Cases Since 1945 », (1988) *International Studies Quarterly* 359, à la p 360.

qui faisait référence aux « groupements raciaux, religieux, politiques ou autres », la Convention de 1948 a opté à la dernière minute pour une définition plus stricte²²³. Selon la délégation de l'U.R.S.S., le groupe politique manquait de stabilité et d'homogénéité, si bien que son insertion avait risqué de conduire à des interprétations larges et abusives²²⁴. Toutefois, il convient de souligner que certaines législations et jurisprudences nationales ont inclus dans le crime de génocide, les groupes politique²²⁵ et social²²⁶. Même si ces pratiques sont innovatrices et vont dans le sens d'un élargissement de la définition du crime de génocide, il leur manque encore une certaine de généralité pour constituer une norme coutumière²²⁷.

Par ailleurs, une autre infraction qui a été évoquée comme pouvant entrer dans la définition du génocide est le *génocide culturel*. Celui-ci se définit comme « la mise à mort délibérée d'une culture - éradiquant l'une d'elle (celle du soumis) en imposant une autre (celle du dominateur) »²²⁸. Bien que figurant dans le projet de texte initial lors des négociations de 1948, cette qualification a été écartée volontairement du document final adopté²²⁹. Cette qualification est donc un abus de langage et il lui a

²²³ Vincent Chetail, *supra* note 127 à la p 55. Pour l'exclusion du groupe politique, voir le projet de texte initial qui l'incluait (A/C.6/SR.75) et le texte final qui l'excluait (A/C.6/SR.128).

²²⁴ De nombreuses critiques ont été formulées à l'encontre de l'exclusion des groupes politiques. Voir sur ce point Stefan Glaser, *supra* note 173, à la p 112. Stanislaw Plawski, *Étude des principes fondamentaux du droit international pénal*, Paris, LGDJ, 1972, à la p 114. Benjamin Whitaker, *supra* note 146, à la p 21-22. Lawrence J. LeBlanc, « The United Nations genocide Convention and Political groups: Should the United States propose an amendment ? », (1988) 13 Yale Journal of International Law 268, aux pp 268-295. Beth Van Schaack, « The crime of political genocide: Repairing the genocide convention's blind spot », (1997) 106 Yale Journal of International Law 2259, aux pp 2259-2291.

²²⁵ Voir l'article 281 du Code Pénal Éthiopien qui dispose que: « whosoever, with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnic, racial, religious or political group (...) ». Peut être consulté sur <http://www.preventgenocide.org> (Consulté le 19 avril 2013). Par ailleurs, la Haute Cour fédérale éthiopienne s'est fondé sur l'article 281 dans l'affaire Mengistu, voir à cet effet Firew Kebede Tiba, (2007) 5:2 Journal of International Criminal Justice 513, aux pp 513 et s. On peut consulter aussi International Crimes Tribunal Act (Bangladesh), Art. 3(2)(c). Code pénal ivoirien, Art. 319. Code pénal péruvien, Art. 3190.

²²⁶ Gerhard Werle, *supra* note 7, à la p 263. L'auteur cite l'Art. 127 du Code pénal du Costa Rica et l'Art. 373 de la Slovénie.

²²⁷ William A. Schabas, *supra* note 73, aux pp 141-142. Vincent Chetail, *supra* note 127, à la p 56.

²²⁸ Laurence Burgorgue-Larsen, « Le génocide ignoré du Timor Oriental », dans Katia Boustany et Daniel Dormoy (dir.), *supra* note 153, à la p 247.

²²⁹ Vincent Chetail, *supra* note 127, à la p 56.

été préféré le terme d'*ethnocide*. Ce terme a été d'abord employé dans la langue française par l'ethnologue Robert Jaulin en 1970²³⁰. Il est plus tard défini en 1983 par l'Union internationale des sciences anthropologiques et ethnologiques comme « toute entreprise ou action conduisant à la destruction de la culture d'un groupe, à l'éradication de son ethnicité ou identité ethnique »²³¹. Le génocide et l'*ethnocide* se rapprochent en ce sens qu'ils constituent la négation de la différence. Mais ils se distinguent fortement en ce que le premier vise la destruction physique de la différence, alors que le second vise à détruire une identité culturelle du groupe²³². Il convient de noter aussi que le terme d'« ethnocide » semble inapproprié dans la mesure où cela conduit à penser « la mort de l'ethnie comme la cause nécessaire bien que non-suffisante de la mort de la culture. Or une ethnie peut être considérablement détruite sans que la vie de la culture relative à cette ethnie soit objectivement détruite ni même menacée »²³³. Cela explique peut-être pourquoi l'*ethnocide* ou la *culturicide* peinent à avoir une reconnaissance diplomatique et juridique. En effet, il n'y a que la Déclaration de San José, adoptée le 11 décembre 1981 sous les auspices de l'Unesco qui a pu affirmer que « l'ethnocide, c'est-à-dire le génocide culturel, est un délit de droit international au même titre que le génocide condamné par la Convention des Nations Unies pour la prévention et la répression du crime de génocide (1948) »²³⁴. Dans tous les cas, ces pratiques ne constituent pas moins, selon les cas, des violations du droit international des droits de la personne, (en particulier, l'article 27 du Pacte relatif aux droits civils et politiques) ou du droit international humanitaire, (notamment la Convention de la Haye pour la protection des biens culturels en période de conflit armé et de l'article 53 du Protocole additionnel I aux Conventions

²³⁰ Robert Jaulin, *La paix blanche: introduction à l'ethnocide*, Paris, Le Seuil, 1970.

²³¹ Voir Georges Condominas, « Ethnocide », *Encyclopédie philosophique universitaire*, vol. 1, Paris, PUF, à la p 878.

²³² Vincent Chetail, *supra* note 127, à la p 57.

²³³ Issiaka-Prosper Lalèyè, « Comment meurent les cultures? Interrogations philosophico-anthropologiques sur le concept de génocide culturel », dans Katia Boustany et Daniel Dormoy (dir.), *supra* note 153, à la p 292.

²³⁴ Cité par Vincent Chetail, *supra* note 127, à la p 57.

de Genève)²³⁵. Du côté du droit pénal international, dans l'affaire *Krstić* du 2 août 2001, le T.P.I.Y. a jugé qu'ayant à l'esprit le principe *nullum crimen sine lege*, le droit international coutumier limite la définition du génocide aux actes visant la destruction physique ou biologique du groupe. Cependant, pour la Chambre, « where there is physical or biological destruction there are often simultaneous attacks on the cultural and religious property and symbols of the targeted group as well, attacks which may legitimately be considered as evidence of an intent to physically destroy the group »²³⁶. La Chambre prendra donc cet élément en compte dans la détermination de l'intention génocidaire de détruire en tout ou partie les musulmans bosniaques de Srebrenica.

Finalement, puisque l'interdiction du génocide est une norme impérative de droit international général, il apparaît essentiel d'exposer les génocides qui ont eu lieu après l'adoption de la Convention de 1948.

1.1.5. Les génocides perpétrés après 1948

La période qui a suivi l'adoption de la Convention de 1948 est ambivalente. En effet, bien que cette période ait été féconde d'une certaine production normative sur le plan du droit international, elle est aussi marquée par une certaine léthargie due à la guerre froide. Plusieurs instruments juridiques internationaux ont été adoptés durant cette période. On notepar exemples, les quatre Conventions de Genève du 12 août 1949²³⁷ et leurs protocoles additionnels du 8 juin 1977²³⁸ ; les deux Pactes internationaux dont le premier sur les droits civils et politiques et le second sur les droits

²³⁵ Vincent Chetail, *supra* note 127, à la p 57.

²³⁶ *Procureur c. Krstić*, IT-98-33-T, T.P.I.Y., (Chambre de première instance, Jugement du 2 août 2001), au para 580.

²³⁷ Voir, *supra* note 12.

²³⁸ *Ibid.*

économiques, sociaux et culturels de 1966²³⁹ et leurs protocoles additionnels²⁴⁰. Cependant, jusqu'en 1990, les États manquaient de volonté et étaient même dans l'impossibilité de mettre en oeuvre ces principes²⁴¹. Ainsi, plusieurs massacres génocidaires ou supposés tels ont eu lieu après l'adoption de la Convention de 1948. Dans la présente section, il n'est point question, ni nécessairement pertinent de procéder à une historiographie de toutes ces atrocités. Dans nos prochains développements nous nous contenterons, dans le but de donner une idée des génocides survenus après 1948, d'évoquer seulement ceux reconnus par l'A.G.N.U. et/ou par une juridiction internationale ou en instance devant une juridiction internationale. Nous n'évoquerons donc pas les massacres génocidaires qui ont eu lieu et qui n'ont pas encore fait l'objet de reconnaissance internationale comme étant constitutifs de génocide²⁴².

²³⁹ *Pacte Internationale relatif aux droits civils et politiques*, (1976) 999 R.T.N.U. 107 (entrée en vigueur le 23 mars 1973) ; *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, (1976) 943 R.T.N.U. 13 (entrée en vigueur le 3 janvier 1976). [Ci-après: P.I.D.C.P.].

²⁴⁰ *Protocole facultatif se rapportant au Pacte International relatif aux droits civils et politique*, en ligne: <http://www2.ohchr.org/french/law/ccpr-one.htm>, Consulté le 20 mai 2013. *Protocole facultatif au Pacte Internationale relatif aux droits économiques sociaux et culturels*, en ligne: http://www2.ohchr.org/french/law/docs/A.RES.63.117_fr.pdf, Consulté le 20 mars 2013.

²⁴¹ Gerhard Werle, *supra* note 7, à la p 15.

²⁴² On peut citer par exemple, les massacres du Tibet, à la suite de l'invasion chinoise entre 1950 et 1976, voir sur ce point, International Commission of Jurists, *The Question of the Tibet and the Rule of Law*, Geneva, International Commission of Jurists, 1959 ; les crimes commis au Cambodge par les Khmers rouges d'avril 1975 à janvier 1979, voir Marek Sliwinski, *Le génocide khmer rouge : une analyse démographique*, Paris, L'Harmattan, 1995. Voir également les résolutions A.G.N.U. A/RES/57/228 (18 décembre 2002) et A.G.N.U. A/RES/57/228 B. (22 mai 2003), reconnaissant le génocide parmi les crimes commis au Cambodge et organisant les poursuites contre ces crimes ; Les crimes commis au Timor Oriental, notamment, de Santa Cruz à Dili, voir à ce titre, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe dans la Directive N° 470 (1991) relative au Timor Oriental du 25 Novembre 1991 soutient que « face au gouvernement indonésien qui poursuit et aggrave sa politique de crime et de génocide, elle considère que la communauté internationale se doit de développer les actions qui conduisent à la création des conditions d'exercice, par le peuple du Timor oriental, du droit à l'autodétermination et à l'indépendance ». Pour une étude détaillée, voir Gabriel Defert, *Timor Est, le génocide oublié ? Droit d'un peuple et raisons d'États*, Paris, L'Harmattan, 1992 ; Heike Krieger, *East Timor and the International Community*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996 ; les massacres dits de Plan de Sánchez au Guatemala en 1982, consulter la Cour interaméricaine des droits de l'Homme, *Massacre de Plan de Sánchez c. Guatemala*, Ser. C, n° 105, au para 2. Toutefois, bien que dans une autre affaire similaire, la Cour interaméricaine des droits de l'Homme avait affirmé qu'elle pouvait entendre l'affaire sur la base du droit international des droits de l'Homme et du droit international humanitaire, voir C.I.A.D.H., *Bamaca Velasquez c. Guatemala*, Ser. C, n° 70, au para 208, elle

Tout d'abord, le 2 septembre 1998, le T.P.I.R.²⁴³ qualifiait de génocide, dans l'affaire *Akayesu*²⁴⁴, les massacres de Tutsis et de Hutus modérés effectués entre avril et juin 1994 au Rwanda²⁴⁵. Ce génocide a été reconnu comme tel par plusieurs instances de l'O.N.U. à partir du 31 mai 1994²⁴⁶, d'abord à travers le Secrétaire général²⁴⁷, puis le Conseil de sécurité²⁴⁸, la Commission des droits de l'Homme²⁴⁹ et, enfin, l'A.G.N.U.²⁵⁰.

Ensuite, entre 1992 et 1997, diverses résolutions de l'A.G.N.U. qualifiaient de génocide l'ensemble des actions liées au « nettoyage ethnique » en ex-Yougoslavie²⁵¹. En 2001, le T.P.I.Y.²⁵² entérinait la qualification de génocide des massacres de Srebrenica²⁵³. Quelques années plus tard, c'était le tour de la C.I.J. de confirmer la qualification du T.P.I.Y. dans son arrêt du 26 juillet 2007²⁵⁴.

estima finalement dans son arrêt du 29 avril 2004 qu'elle n'était pas compétente pour connaître des actes de génocide au titre de la Convention de 1948, voir à ce titre, C.I.A.D.H., *Massacre de Plan de Sánchez c. Guatemala*, Ser. C, n° 105, au para 208.

²⁴³ Statut du T.P.I.R., *supra* note 39.

²⁴⁴ Consulter sur cette affaire, Rafaël Maison, « Le crime de génocide dans les premiers jugements du TPIR », (1999) *Revue générale de droit international public*, aux pp 129-145. Payam Akhavan, « The crime of genocide in the ICTR jurisprudence », (2005) 3:4 *Journal of international criminal justice*, aux pp. 989-1006. William A. Schabas, « L'affaire Akayesu et ses enseignements sur le droit du génocide », dans Katia Boustany et Daniel Dormoy (dir.), *supra* note 153, aux pp 111-130. Nasser Zakr, « Analyse spécifique du crime de génocide dans le TPIR », (2001) *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, aux pp 263-274.

²⁴⁵ Pour José Doria et al., « Rwanda », dans M. Chérif Bassiouni, *supra* note 33, à la p 399, le génocide rwandais aurait fait 800 000 morts. Ce chiffre est aussi avancé par Kora Andrieu, *La justice transitionnelle : de l'Afrique du sud au Rwanda*, Barcelone, Gallimard, Coll. Folio, 2012, à la p 151.

²⁴⁶ Voir Jean-Claude Willam, *L'ONU au Rwanda (1993-1995) : La "communauté internationale" à l'épreuve d'un génocide*, Bruxelles, Paris, Labor/Maisonneuve et Larose, 1996. Fatsah Ouguerouz, « La tragédie rwandaie du printemps 1994, quelques considérations sur les premières réactions de l'Organisation des Nations Unies », (1996) *Revue générale de droit international public*, aux pp 149-162.

²⁴⁷ S/1994/640 (31 mai 1994)

²⁴⁸ S/RES/925 (8 Juin 1994)

²⁴⁹ E/CN.4/1995/7 (28 Juin 1994)

²⁵⁰ A/RES/49/206/ (23 décembre 1994)

²⁵¹ Voir A/RES/47/121 (18 décembre 1992) ; A/RES/48/153 (20 décembre 1993) ; A/RES/51/51/115 (7 mars 1997).

²⁵² Statut du TPIY, *supra* note 38.

²⁵³ Voir l'affaire *Procureur c. Krstić*, IT 98-33-T, T.P.I.Y., (Chambre de première instance, Jugement du 2 août 2001), aux para 551-599 et IT 98-33-A (Chambre d'appel, Jugement d'appel du 19 avril 2004), aux para 6-22, confirmant la décision de la Chambre de première instance. Voir aussi, Roy Gutman, *Bosnie : témoin du génocide*,

À la différence des deux premiers génocides, le troisième a fait l'objet d'une reconnaissance exclusivement politique à travers l'A.G.N.U. Dans une résolution du 16 décembre 1982, l'organe plénier des Nations Unies « condamn[ait] dans les termes les plus énergiques le massacre massif de civils palestiniens dans les camps de réfugiés de Sabra et Shatila » du 16 au 17 septembre 1982, et « décid[ait] que le massacre a été un génocide »²⁵⁵. Cependant, il importe de signaler qu'après cette qualification, l'Assemblée n'en tire pas toutes les conséquences, notamment en encourageant les États intéressés à poursuivre pénalement les responsables des crimes commis²⁵⁶. Ce constat tout au moins regrettable pourrait trouver son explication dans les conflits que suscite l'évocation du génocide. Considéré comme un crime qui choque la conscience humaine²⁵⁷, il est réel qu'aucun État ne souhaiterait se faire accuser de génocide. Cependant, cet état de fait qui devrait constituer une force pour la prévention de ce crime est malheureusement le plus souvent instrumentalisé à des fins politiques, contribuant ainsi à saper l'autonomie juridique de ce crime²⁵⁸. Il convient dès lors de toujours faire la différence entre les génocides juridiques et les génocides politiques. Les seconds tomberaient plus dans la catégorie des crimes contre l'humanité, en l'absence de toute qualification juridique par un tribunal compétent. Les massacres de Shabra et Shatila par exemple, seraient donc pour le moment que des crimes contre l'humanité.

London, Hurst & Co., 1999. Jacques Sémelin, « Qu'est-ce qu'un crime de masse ? Le cas de l'ex-Yougoslavie », (2000) *Critiques internationales*, aux pp 143-158. Marc Djidara et al., *Le nettoyage ethnique*, Paris, Le Seuil, 2002. Pour les affaires antérieures, voir Nadine L. C. Thwaites, « Le concept de génocide devant la jurisprudence du T.P.I.Y. : avancées et ambiguïtés », *supra* note 78, aux pp 565-605.

²⁵⁴ Voir l'arrêt sur le génocide, *supra* note 102, aux para 278-297.

²⁵⁵ A/RES/37/123 (16 décembre 1982)

²⁵⁶ Vincent Chetail, *supra* note 127, à la p 62.

²⁵⁷ *Affaire relative à l'Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie (Serbie et Monténégro))*, mesures conservatoires, ordonnance du 8 avril 1993, *supra* note 70, au para 49.

²⁵⁸ Pour une étude détaillée sur la question, voir Laurent Moreillon, « Crime de génocide et intention: Blocage juridique ou blocage politique », dans Laurent Moreillon, Aude Bichovsky et Maryam Massrouri (éds.), *supra* note 89, aux pp 251-269. Maxime Steinberg, « Le génocide, l'histoire ou un imbroglio juridique », dans Katia Boustany et Daniel Dormoy (dir.), *Génocide(s)*, *supra* note 153, aux pp 161-177.

Enfin en 2010, la guerre civile au Darfour débute en 2003 fait plus de 350 000 morts²⁵⁹ et donne lieu à un mandat d'arrêt international contre le président Soudanais Omar Al Bachir notamment pour crimes de guerre, crimes contre l'humanité et génocide²⁶⁰. Mais déjà en juillet 2004, la Chambre des représentants des États-Unis votait à l'unanimité une résolution qualifiant de génocide les massacres des populations noires du Darfour²⁶¹. De son côté, le parlement européen adoptait deux mois plus tard une résolution affirmant que les crimes commis au Darfour peuvent « être interprétés comme constituant un génocide »²⁶². Cette qualification a été faite peut-être contre le rapport de la Commission Cassese, et le refus initial des juges de la C.P.I. d'émettre un mandat pour ce crime contre Al Bachir. Dans tous les cas, l'adoption du Statut de la C.P.I. en 1998 et son entrée en vigueur en 2002, semble avoir ouvert une nouvelle ère dans la lutte contre l'impunité des crimes internationaux. Ce tribunal international permanent peut désormais poursuivre les individus qui commettent des crimes relevant de sa juridiction. À ce jour, 122 États sont parties à son Statut. Toutefois, malgré le large soutien dont il jouit parmi les États, la C.P.I. est loin d'être une cour universellement acceptée et dotée de pleins pouvoirs. Ainsi, accéder à une acceptation mondiale où, des États comme les États-Unis²⁶³, la Chine²⁶⁴, la Russie²⁶⁵, l'Inde²⁶⁶ et d'autres États asiatiques sont parties à son Statut, reste un des défis majeurs de la Cour.

²⁵⁹ Jean-François Thibault, « De la responsabilité de protéger : le test échoué du Darfour », *Sécurité mondiale*, n°18, octobre 2005, à la p 1.

²⁶⁰ À la suite de la demande du Procureur Luis Monero Ocampo, le 4 mars 2009, la Chambre préliminaire de la C.P.I. délivrait un mandat d'arrêt contre Omar Al Bachir pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité. Toutefois, le Procureur fit appel de cette décision et le génocide fut finalement ajouté aux chefs d'accusation en 2010 dans un second mandat d'arrêt contre le président soudanais.

²⁶¹ Voir 108th Congress 2nd Session S. CON.RES. 133, (2004).

²⁶² Voir à ce sujet, le document P6_TA(2004)0012, (2004).

²⁶³ Pour la position des États-unis, voir Bruce Broomhall, « Toward U.S. Acceptance of the International Criminal Court », (2001) 64:1 *Law and Contemporary Problems* 141 ; Gerhard Hafner, « An Attempt to Explain the Position of the USA towards the ICC », (2005) 3 *Journal of International Criminal Justice* 323.

²⁶⁴ Par rapport à la position de la Chine, Lu Jiangping et Wang Zhixiang, « China's Attitude Towards ICC », (2005) 3 *Journal of International Criminal Justice* 608.

Par ailleurs, un nouveau concept a fait son entrée dans le domaine de la protection des droits de la personne depuis en 2001²⁶⁷. Il s'agit de la « Responsabilité de protéger ». Cette doctrine se veut un engagement de tous les États pris individuellement, à protéger les populations des atrocités de masse. Elle a été adoptée dans la même année, par l'A.G.N.U. Par ailleurs, la résolution qui entérine ce principe souligne qu'il « incombe [...] à la communauté internationale, dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies, de mettre en œuvre les moyens diplomatiques, humanitaires et autres moyens pacifiques appropriés, conformément aux Chapitres VI et VIII de la Charte des Nations Unies, afin d'aider à protéger les populations du génocide, des crimes de guerre, du nettoyage ethnique et des crimes contre l'humanité »²⁶⁸. Ce concept se présente comme un corollaire de la souveraineté étatique, qui veut que les États aient non seulement le droit, mais aussi l'obligation envers leurs populations, de les protéger autant que possible contre toutes attaques graves contre leur survie, qu'elles soient naturelles ou humaines²⁶⁹. Sur cette base, advenant qu'un État soit incapable ou manque de volonté pour satisfaire à cette responsabilité primaire, il est un devoir pour la communauté internationale d'intervenir en engageant sa responsabilité subsidiaire, à travers le système collectif des Nations Unies et en cas de blocage de cette institution, à travers une action multilatérale ou même unilatérale²⁷⁰.

Bien que ce nouveau paradigme semble consacrer une volonté ferme des États de lutter contre la commission des crimes internationaux en général et du génocide en particulier, il convient de souligner que les contours normatifs du concept sont vagues

²⁶⁵ Pour les objections de la Russie au regard de la loi constitutionnelle, voir Bakhtiyar Tuzmukhamedov, « ICC and Russian Constitutional Problems » (2005) 3 *Journal of International Criminal Justice* 621.

²⁶⁶ Par rapport à la position indienne, voir Usha Ramanathan, « Indian and the ICC », (2005) 3 *Journal of International Criminal Justice* 627.

²⁶⁷ Pour une étude de cette doctrine, consulter le Rapport de la Commission Internationale de l'Intervention et de la Souveraineté des États, *La Responsabilité de protéger*, Ottawa, Centre de recherches pour le développement international, décembre 2001.

²⁶⁸ A/RES/59/314 (2005), au para 138.

²⁶⁹ Andrea Gattini, « Breach of the Obligation to Prevent and Reparation Thereof in the ICJ's Genocide Judgment », (2007) 18:4 *European Journal of International Law* 695, à la p 698.

²⁷⁰ *Ibid.*

et controversés, ses implications sont multiples et loin d'avoir été évaluées dans toute leur complexité²⁷¹.

Après avoir défini le crime de génocide et l'avoir distingué des autres infractions voisines, il paraît fort utile à présent de déterminer la particularité de ce crime en droit international. Ceci nous permettra de comprendre, non seulement sa gravité, mais aussi d'appréhender les enjeux sous-jacents lorsqu'il est l'objet de justice transitionnelle. Ceci nous permettra de déterminer ultérieurement, l'adéquation ou l'inadéquation qui peut exister entre la justice transitionnelle et les différentes responsabilités pour ce crime.

1.2 La particularité et les responsabilités du génocide en droit international

La spécificité du génocide tient au fait que son interdiction est consacrée comme norme de *jus cogens* avec des effets *erga omnes* (1.2.1). Aussi, ce crime engage-t-il deux formes de responsabilité lors de sa commission: la responsabilité pénale des individus et la responsabilité internationale étatique. Il faudra les distinguer (1.2.2).

1.2.1 La particularité du crime de génocide en droit international

Le *dolus specialis* qui caractérise le génocide fait de celui-ci un crime très grave en droit international. En effet, déjà en 1948, l'article 1 de la Convention sur le génocide considérait que le génocide était un "crime du droit des gens" que les parties contractantes s'engagent à prévenir et à punir. En outre, quatre mois après l'entrée en vigueur de la Convention, la C.I.J. déclarait dans son Avis consultatif du 28 mai 1951 que:

[L]es origines de la Convention révèlent l'intention des Nations Unies de condamner et de réprimer le génocide comme « un crime de droit des gens » impliquant le refus du droit à l'existence de groupes humains entiers, refus qui bouleverse la conscience humaine, inflige de grandes pertes à l'humanité, et qui est contraire à la fois à la loi morale et à l'esprit et aux fins des Nations Unies (...). Cette conception entraîne une

²⁷¹ Andrea Gattini, *supra* note 269, à la p 698.

première conséquence : les principes qui sont à la base de la Convention sont des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les États même en dehors de tout lien conventionnel. Une deuxième conséquence est le caractère universel à la fois de la condamnation du génocide et de la coopération nécessaire « pour libérer l'humanité d'un fléau aussi odieux »²⁷².

Par cette déclaration, la C.I.J. reconnaissait la prohibition du crime de génocide comme faisant partie du droit international coutumier. Même si la rapidité d'un tel processus coutumier peut surprendre et être critiquée²⁷³, il semble que la C.I.J. a voulu souligner le caractère particulièrement grave du génocide qui demande que son interdiction soit érigée en une norme à laquelle aucune transgression n'est acceptée. Le caractère impératif de l'interdiction d'actes de génocide a été réaffirmé par la C.I.J. dans son Arrêt *Barcelona Traction* quand elle déclarait qu' :

[u]ne distinction essentielle doit en particulier être établie entre les obligations des États envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre État dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les États. Vu l'importance des droits en cause, tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes*²⁷⁴.

L'interdiction du génocide acquerrait ainsi le statut de règle *de jus cogens*²⁷⁵ qui se définit comme « une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale

²⁷² C.I.J., Avis consultatif du 28 mai 1951, *supra* note 77, à la p 23. Voir également, *Procureur c. Akayesu*, ICTR-96-4-T, T.P.I.R., (Chambre de première instance, Jugement du 2 septembre 1998), au para 495.

²⁷³ Vincent Chetail, *supra* note 127, à la p 51. En effet, comme le souligne Jean-Marie Henckaerts, « [i]l faut habituellement un certain temps pour qu'émerge une règle de droit international coutumier, mais il n'existe pas de délai défini ». Voir sur ce point, Jean-Marie Henckaerts, « Étude sur le droit international humanitaire coutumier. Une contribution à la compréhension et au respect du droit des conflits armés », (2005) 87 *Revue internationale de la Croix-Rouge* 289, à la p 296.

²⁷⁴ Arrêt *Barcelona Traction*, *supra* note 137, aux para 33.

²⁷⁵ Pour la doctrine récente, voir Andrea Bianchi, « Human Rights and the Magic of *Jus Cogens* », (2008) 19:3 *The European Journal of International Law* 492 ; Jan Anne Vos, « The Concept of *Jus Cogens* and the Concept of Obligation *Erga Omnes* Situated Within the Framework of Obligation and the Framework of Authorization », (2013) *The Function of Public International Law* 249 ; Christian J. Tams et Alessandra Asteriti, « *Erga Omnes, Jus Cogens*, and their Impact on the Law of Responsibility », dans Evans Koutrakos, (eds.), *The International Responsibility of the European Union*, Hart, 2013 ; Erika de Wet, « *Jus Cogens* and Obligations *Erga Omnes* », dans Dinah Shelton (ed.), *The Oxford Handbook on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press 2013, à paraître ; Antony J. Kolangelo, « Jurisdiction, Immunity, Legality, and *Jus Cogens* », (2013) 14:1 *Chicago Journal of International Law* 53.

des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère »²⁷⁶. Aujourd'hui, la proscription du génocide est incontestablement une norme de *jus cogens* placée à ce titre, au sommet de la hiérarchie des normes du droit international²⁷⁷. Les obligations qui en découlent sont des obligations *erga omnes*, c'est-à-dire s'appliquant à tous les États sans exception. Les obligations *erga omnes* et le *jus cogens* sont souvent présentés comme les deux faces d'une même médaille²⁷⁸. Le *jus cogens* se rapporte ainsi à la nature de certains crimes internationaux, tandis que les obligations *erga omnes* renvoient aux effets juridiques qui naissent de la qualification d'un crime en termes de *jus cogens*²⁷⁹. Le premier critère de l'obligation *erga omnes* selon la C.I.J. est qu'elle crée des « obligations pour un État envers la communauté internationale dans son ensemble »²⁸⁰. La C.I.J. donne comme exemples de ces normes, l'agression, le génocide, la protection contre l'esclavage et la discrimination raciale²⁸¹. Toutefois, elle ne définit pas ce qu'elle entend par « obligations envers la communauté internationale dans son ensemble ». Ainsi, concernant les conséquences pour un crime international de sa reconnaissance en tant que norme de *jus cogens*, la question revient à se demander si

²⁷⁶ Article 53 de la *Convention de Vienne sur le droit des Traités*, U.N. Doc. A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331 (entrée en vigueur le 27 janvier 1980), [ci-après : *Convention de Vienne sur le droit des traités*]

²⁷⁷ Arrêt *Barcelona Traction* *supra* note 137, à la p 32, aux para 33-34. *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J., Recueil 2006, à p 6, au para 64. Arrêt sur le génocide, *supra* note 102, au para 161. *Procureur c. Akayesu*, ICTR-96-4-T, T.P.I.R., (Chambre de première instance, Jugement du 2 septembre 1998), au para 497. *Procureur c. Jelisić*, IT-95-10, T.P.I.Y., (Chambre de première instance, Jugement du 14 décembre 1999), au para 60. *Procureur c. Krstić*, IT-98-33, T.P.I.Y., Chambre de première instance, 8 août 2001, au para 541. Rapport du Secrétaire général des Nations Unies établi conformément au paragraphe 2 de la résolution 808(1993) du Conseil de sécurité du 3 mai sur le Statut du T.P.I.Y., UN Doc. S/25704 (1993), au para 35. Antonio Cassese, *International Criminal Law*, *supra* note 25, à la p 130. Jan Wouters et Sten Verhoeven, « The Prohibition of Genocide as Norm of *Jus Cogens* and its Implication for the Enforcement of the Law of Genocide », (2005) 5 *International Criminal Law Review* 401, aux pp 401 et s. Antonio Cassese, *supra* note 25, à la p 103. William A. Schabas, *supra* note 73, aux pp 217-221.

²⁷⁸ M. Cherif Bassiouni, « Accountability for Violations of International Humanitarian Law and Other Serious Violations of Human Rights », dans M. Cherif Bassiouni (éd.), *supra* note 83, aux pp 3-54, à la p 23.

²⁷⁹ M. Cherif Bassiouni, *supra* note 18, à la p 72.

²⁸⁰ Arrêt *Barcelona Traction*, *supra* note 137, aux para 33.

²⁸¹ *Ibid.*

ce statut crée pour les États une véritable obligation *erga omnes* ou s'il ne fait que leur conférer certains droits procéduraux qu'ils ont ensuite la possibilité d'exercer contre ceux qui commettent ces crimes²⁸². Il convient de noter que la relation entre le *jus cogens* et l'obligation *erga omnes* n'a jamais été clairement définie par la C.P.J.I. ou par la C.I.J. et qu'aucune décision judiciaire n'a montré exactement comment une norme devient du *jus cogens* ou pourquoi et quand une telle norme devient *erga omnes* et quelles conséquences en tirer²⁸³. De toute évidence, une norme s'élève à ce niveau quand le principe a été universellement accepté et son existence démontrée à travers une pratique consistante accompagnée d'une *opinio juris* par la plupart des États²⁸⁴. On peut toutefois noter que l'obligation *erga omnes* est la conséquence d'un crime international donné qui a atteint le niveau de *jus cogens*²⁸⁵.

Cette consécration emporte des conséquences juridiques qu'il convient de souligner. D'abord, en tant que règle de *jus cogens*, aucun État ne peut mener des actions qui iraient à l'encontre de la prohibition du génocide. Ainsi par exemple, un État ne peut prendre des contre-mesures contre un autre État, en violation du *jus cogens*, même si cet autre État aurait intentionnellement violé le *jus cogens*²⁸⁶. Aussi, l'obligation qui pèse sur la communauté des États est qu'elle doit non seulement punir la commission du génocide, mais elle doit aussi tout mettre en œuvre pour le prévenir²⁸⁷. À ce titre, la *Convention des Nations Unies sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité* et son pendant européen, considèrent que le génocide est un crime imprescriptible, même au cas où il ne

²⁸² M. Cherif Bassiouni, *supra* note 18, à la p 73.

²⁸³ M. Cherif Bassiouni, *supra* note 83, aux pp 3-54, à la p 24.

²⁸⁴ Voir C.I.J., Arrêt du 12 avril 1960, *Droit de passage sur le territoire indien (Portugal c. Inde)*, C.I.J., Recueil 1960, à la p 6, aux pp 123-135. Pour la position que la norme de *jus cogens* pourrait être créée par un traité, voir A. Gomez Robledo, « Le *jus cogens* international: sa genèse, sa nature, ses fonctions », (1981) 172 Recueil des cours de l'académie de droit international, aux pp 96 et s.

²⁸⁵ Theodore Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford, Clarendon Press, 1989, aux pp 188-189.

²⁸⁶ Jan Wouters et Sten Verhoeven, *supra* note 277, à la p 403.

²⁸⁷ Préambule de la Convention sur le génocide, *supra* note 11.

constituerait pas une violation du droit interne de l'État sur le territoire duquel il a été commis²⁸⁸. Il en résulte que, seul le cas de force majeure rendant impossible le respect de la norme pourrait être accepté ; l'état de nécessité, l'urgence et la légitime défense ne sauraient justifier une violation de la règle²⁸⁹. De plus, toute autre norme conventionnelle ou coutumière contraire à la règle de *jus cogens* est nulle²⁹⁰.

Par ailleurs, l'article 41 du *Projet d'Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite* dispose qu'« [a]ucun État ne doit reconnaître comme licite une situation créée par une violation grave au sens de l'article 40²⁹¹, ni prêter aide ou assistance au maintien de cette situation »²⁹². De l'article 40, on pourrait déduire qu'un État ne pourrait reconnaître comme légal un gouvernement qui aurait accompli des actes de génocide pour parvenir au pouvoir.

Le génocide en tant que norme de *jus cogens* est donc un crime d'une extrême gravité. Lorsqu'il est commis en période transitionnelle, la question de l'adéquation entre les responsabilités pour ce crime et les mécanismes de justice transitionnelle se pose. Dans les développements qui suivront, nous montrerons qu'il existe d'une part une certaine complémentarité entre ces deux dispositifs, mais d'autre part, nous mentionnerons aussi des contradictions dans leur mise en oeuvre. Dans tous les cas, l'interdiction du crime de génocide en tant que norme de *jus cogens* emporte des conséquences juridiques, tant pour les individus qui perpètrent les actes relevant de ce

²⁸⁸ *Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité* (1968), Série des Traités des Nations unies, Vol. 754, à la p 73, art. 1. *Convention européenne sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité* (1974), Série des Traités européens No. 82.

²⁸⁹ Wouters et Sten Verhoeven, *supra* note 277, à la p 403.

²⁹⁰ Article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des Traités, *supra* note 276. Voir aussi, C.I.J., Avis consultatif du 28 mai 1951, *supra* note 77, à la p 23 et s.

²⁹¹ *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, Vol. II (2). A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2), [ci-après: *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État*]. Selon l'art. 40, « 1. Le présent chapitre s'applique à la responsabilité internationale qui résulte d'une violation grave par l'État d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général. 2. La violation d'une telle obligation est grave si elle dénote de la part de l'État responsable un manquement flagrant ou systématique à l'exécution de l'obligation ».

²⁹² Art. 41 du *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État*, *supra* note 291.

crime, que pour l'État à l'intérieur duquel ces actes sont commis. Il convient de faire la distinction entre ces deux formes de responsabilité.

1.2.2 Les responsabilités pénale individuelle et internationale étatique pour crime de génocide

Nous montrerons tout d'abord qu'une distinction doit être faite entre les deux formes de responsabilité ; ensuite, nous expliquerons que ces deux responsabilités sont pour la plupart du temps concurrentes pour certains crimes internationaux, et en particulier pour le crime de génocide ; enfin, nous présenterons la tendance croissante vers une autonomisation de la responsabilité pénale individuelle.

1.2.2.1 La distinction des deux systèmes de responsabilité

Le droit international de la responsabilité étatique prend son origine à la fin du 19^e siècle, à la suite des travaux de l'école positiviste²⁹³. Les travaux des auteurs comme Anzilotti, Basdevant, Bourquin et Brierly posent les jalons de cette théorie²⁹⁴. Dans les années 1980, la Commission du droit internationale est mandatée par les Nations Unies pour réfléchir et codifier la responsabilité internationale des États « pour les conséquences préjudiciables découlant d'actes non interdits par le droit international »²⁹⁵. Des années plus tard, le rapport qui résulte des travaux dirigés par le professeur Robert Ago est intitulé « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite »²⁹⁶. La Commission utilise le terme « fait » et non « acte illicite ». Cette préférence terminologique a pour but de mettre en évidence l'illicéité qui peut naître non seulement d'une action quelconque, mais aussi d'une

²⁹³ Pierre-Marie Dupuy, « The International Law of State Responsibility: Revolution or Evolution? », (1989) 11 Michigan Journal of International Law 105, à la p 109.

²⁹⁴ *Ibid*, voir également à ce propos, Dionisio Anzilotti, « La Responsabilité Internationale des États, à Raison des Dommages Soufferts par des étrangers », (1906) Revue Générale de Droit International Public 14 ; J. L. Brierly, *The Law of Nations*, 6^e édition révisé par Sir Humphrey Waldock., Oxford, Clarendon Press, 1963.

²⁹⁵ Il s'agissait d'actes préjudiciables, mais non interdits par le droit international de l'époque. Voir à ce titre, Daniel Barstow Magraw, « Transboundary Harm: The International Law Commission's Study of "International Liability" », (1986) 80 American Journal of International Law 305.

²⁹⁶ Projet d'articles sur la responsabilité de l'État *supra* note 291.

omission ou d'une abstention²⁹⁷. Il s'agit d'une illicéité déterminée par le droit international lui-même et non par le droit interne²⁹⁸. Une règle peut donc être totalement licite au plan interne et être illicite au plan international et vice versa. L'article 1^{er} des Articles de la C.D.I. souligne que « [t]out fait internationalement illicite de l'État, engage sa responsabilité internationale »²⁹⁹. Cette responsabilité internationale qui incombe aux États en cas de fait internationalement illicite tel que la commission du crime de génocide, n'est ni civile³⁰⁰ ni pénale par sa nature, elle est *sui generis*³⁰¹. En effet, cette responsabilité résulte de l'écart entre la conduite d'un État (par l'intermédiaire de ses agents) et le contenu de la règle de droit applicable dans la situation considérée. Autrement dit, l'acte internationalement illicite est un acte contraire au droit international objectif³⁰². C'est ce que souligne la C.I.J. dans son arrêt sur le génocide, en ces termes: « (...) les obligations en cause en l'espèce telles qu'elles résultent des termes de la Convention et les responsabilités qui découleraient pour les États de la violation de telles obligations sont des obligations et des responsabilités relevant du droit international, et ne sont pas d'ordre pénal »³⁰³. Dans le même sens, selon Pierre-Marie Dupuy, c'est parce que l'acte est imputé à l'État que la faute individuelle est rendue une violation objective du droit³⁰⁴. Aussi, s'agit-il d'une responsabilité objective et non simplement intersubjective³⁰⁵. Même si en fait, l'État agit toujours à travers les actes de ses agents officiels ou à travers les actions d'entités privées, juridiquement, la responsabilité étatique naît, non de l'acte d'un

²⁹⁷ Dominique Carreau, *Droit international*, Paris, Pédone, 2009, à la p 411.

²⁹⁸ Cette règle est depuis longtemps posée par la C.P.J.I depuis l'*Affaire Wimbledon* du 17 août 1923 ou l'Avis consultatif du 4 février 1932 sur le traitement des nationaux polonais de Dantzig.

²⁹⁹ C.D.I., Art. 1, Projet d'articles sur la responsabilité de l'État, *supra* note 291.

³⁰⁰ C'est-à-dire que la responsabilité ne se limite pas seulement à la réparation du dommage causé.

³⁰¹ Alain Pellet, « Responsabilité de l'État et responsabilité pénale individuelle en droit international », Série de conférences à l'initiative du bureau du Procureur, (30 mai 2006), [document non publié].

³⁰² Dionisio Anzilotti, *supra* note 294.

³⁰³ Arrêt sur le génocide, *supra* note 102, au para 170.

³⁰⁴ Pierre-Marie Dupuy, « Dionisio Anzilotti and the Law of International Responsibility of States », (1992) 3 *European Journal of International Law* 139, à la p 142.

³⁰⁵ Alain Pellet, *supra*, note 301.

individu, mais de celui de l'État³⁰⁶. C'est pourquoi, la responsabilité qui pèse sur l'État lorsqu'il commet des crimes de génocide, est une responsabilité internationale, bien que les actes soient parfois commis sur sa propre population et sans causer de préjudice aux autres États.

Par ailleurs, pour la plupart des crimes internationaux et pour le génocide en particulier, la responsabilité étatique et celle individuelle sont le plus souvent étroitement liées. Mais il y a une différence fondamentale entre les deux systèmes de responsabilité. Le critère qui caractérise la responsabilité pénale individuelle est celui de l'intention. La jurisprudence contemporaine des tribunaux internationaux considère l'intention comme un élément constitutif des crimes internationaux en général et du génocide en particulier³⁰⁷. Le fondement de la responsabilité pénale individuelle se trouve donc dans l'intention fautive de l'individu. C'est pourquoi, cette responsabilité est essentiellement pénale. L'origine de la responsabilité internationale étatique se trouve dans le « *fait générateur* » de la responsabilité et non dans la faute (au sens latin *culpa*), autrement dit, dans le fait illicite³⁰⁸. Cette responsabilité doit être fondée dans le fait internationalement illicite qui a engendré ou favorisé le fait répréhensible ou la commission du crime de génocide. Toutefois, comment fait-on pour déterminer l'intention spécifique du crime de génocide dans les actes d'un l'État? Cette question sera répondue dans nos développements ultérieurs.

³⁰⁶ Pierre-Marie Dupuy, « Crime sans châtimeut ou mission accomplie ? », (2007) *Revue Générale de droit international public*, aux pp 142-143.

³⁰⁷ Pour le génocide, voir entre autres, *Procureur c. Jean Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, T.P.I.R., (Chambre de première instance, Jugement du 2 septembre 1998), au para 497. *Procureur c. Jelisić*, IT-95-10-A, T.P.I.Y., (Chambre d'appel, Jugement du 5 juillet 2001), aux para 46 et s. *Procureur c. Krstić*, IT-98-33-T, T.P.I.Y., (Chambre de première instance, Jugement du 2 août 2001) au para 572. *Procureur c. Niyitegeka*, ICTR-96-14-A, T.P.I.R., (Chambre d'appel, jugement du 9 juillet 2004), au para 47 et s. *Procureur c. Akajesu*, ICTR-96-4-T, T.P.I.R., (Chambre de première instance, jugement du 2 septembre 1998), au para 521 et s.

³⁰⁸ Pierre-Marie Dupuy, « Le fait générateur de la responsabilité internationale de l'État », (1984) *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 188, aux pp 29-37. Voir aussi, Pierre-Marie Dupuy, « International Criminal Responsibility of the Individual and International Responsibility of the State », dans Antonio Cassese, Paola Gaeta, J.R.W.D Jones, (dirs.), *The Rome Statute of International Criminal Court: a Commentary*, Vol. II, Oxford University Press, 2002, à la p 1095.

Bien qu'il existe des régimes juridiques distincts pour les deux formes de responsabilité, force est de constater que dans la plupart des crimes internationaux, il y a une concurrence de ces deux formes de responsabilités.

1.2.2.2 La concurrence des responsabilités étatique et individuelle

Il existe une relation très étanche entre la responsabilité étatique et la responsabilité pénale individuelle pour la plupart des crimes internationaux. Pour appréhender le principe de concurrence des responsabilités étatique ou individuelle, nous devons considérer deux catégories de crimes. Il y a des crimes qui, par leur nature requièrent généralement l'organisation de l'appareil étatique pour leur commission, alors que d'autres peuvent être commis en dehors d'une telle organisation³⁰⁹. Ainsi, des crimes tels par exemple, l'agression, le génocide et le crime contre l'humanité se font le plus souvent avec le concours actif ou passif de l'appareil étatique. Toutefois, dans l'arrêt *Jelisić*, le T.P.I.Y. a précisé par rapport au génocide que même s'il est vrai que le crime requiert une certaine politique et une organisation collective, ce critère n'est pas un indicateur indépendant de l'intention génocidaire³¹⁰. Théoriquement, ce crime pourrait être commis à titre individuel³¹¹. La Résolution 3314 de l'A.G.N.U. déclare par ailleurs que l'agression constitue par excellence un crime imputable à l'État³¹². Il apparaît dans cette définition une connexion entre la responsabilité individuelle et la responsabilité étatique³¹³. En effet, ce crime est d'abord et avant tout commis par l'État, avant d'être imputable à des individus. Dans le même sens, le crime contre l'humanité et le crime de génocide, même sans qu'ils ne soient entrepris

³⁰⁹ Pierre-Marie Dupuy, « International Criminal Responsibility of the Individual and International Responsibility of the State », *supra* note 308, à la p 1088.

³¹⁰ *Procureur c. Jelisić*, IT-95-10-A, T.P.I.Y., (Chambre d'appel, Jugement du 5 juillet 2001), au para 48.

³¹¹ Le principe est établi en ce qui concerne le crime de génocide. Voir entre autres, *Procureur c. Jelisić*, IT-95-10, T.P.I.Y., (Chambre de première instance, Jugement du 14 décembre 1999), aux para 100 et s ; *Procureur c. Radislav Krstić*, IT-98-33, T.P.I.Y., (Chambre de première instance, Jugement du 2 août 2001), au para 560.

³¹² A/RES/29/3314 (1974), Art. 1.

³¹³ Pierre-Marie Dupuy, « International Criminal Responsibility of the Individual and International Responsibility of the State », *supra* note 308, à la p 1088.

par un État comme tel, peuvent engager les deux formes de responsabilité, dans la mesure où ils présupposent une certaine organisation collective³¹⁴. Dans ces différents cas de crime international, il ne s'agit pas seulement de condamner des individus qui ont agi au nom de l'État. Il s'agit aussi de poursuivre et de condamner des individus quand ils ont volontairement commis des actes criminels au regard du droit international public³¹⁵.

La concurrence de responsabilité est un principe également posé dans divers instruments juridiques internationaux. Par exemple, l'article 25 (4) du Statut de Rome dispose qu'« [a]ucune disposition du présent Statut relative à la responsabilité pénale des individus n'affecte la responsabilité des États en droit international ». Ce qui sous-entend que le contraire est tout aussi vrai. L'engagement de la responsabilité étatique n'exclut pas la poursuite des individus ayant commis les crimes, même s'ils sont des agents de l'État et ayant agi en cette qualité. En outre, l'article 58 des Articles sur la responsabilité de l'État pour fait international illicite souligne que « [l]es présents articles sont sans préjudice de toute question relative à la responsabilité individuelle d'après le droit international de toute personne qui agit pour le compte d'un État ». Aussi, dans le jugement sur le génocide, la C.I.J. a soutenu que la « [...] dualité en matière de responsabilité continue à être une constante du droit international »³¹⁶.

La commission du crime de génocide entraîne donc une dualité de responsabilité, tout comme d'ailleurs, la plupart des crimes relevant de la catégorie de crimes de droit des gens. À ces crimes, s'ajoutent aussi le meurtre de personnes protégées dans les conflits armés, le terrorisme et la torture³¹⁷. Bien que pour la plupart des crimes

³¹⁴ *Ibid* à la p 1089.

³¹⁵ Pierre-Marie Dupuy, « International Criminal Responsibility of the Individual and International Responsibility of the State », *supra* note 308, à la p 1091.

³¹⁶ Arrêt sur le génocide, *supra* note 102, au para. 173.

³¹⁷ André Nollkaemper, « Concurrence Between Individual Responsibility and State Responsibility in International Law », (2003) 52 *International & Comparative Law Quarterly* 619, à la p 619. Pour la responsabilité

internationaux, la concurrence des responsabilités étatique et individuelle soit établie, force est de constater que depuis l'émergence de l'individu en tant que sujet de droit international³¹⁸, une certaine autonomisation de la responsabilité pénale individuelle prend progressivement place dans le droit de la responsabilité internationale. Nous l'aborderons dans la section suivante.

1.2.2.3 L'autonomisation de la responsabilité pénale individuelle

Dans la conception classique de la responsabilité internationale, l'individu qui agissait pour le compte de son État devait se substituer à celui-ci dans sa punition³¹⁹. En effet, les individus occupaient une place qu'on pourrait qualifier de subalterne dans le droit international traditionnel, essentiellement interétatique³²⁰. Cette conception de la doctrine positiviste classique est aujourd'hui complètement dépassée. Tout d'abord, il faut noter qu'aucun des crimes internationaux affectant la communauté internationale dans son ensemble, (par exemple, le génocide, les crimes contre l'humanité ou les crimes de guerre) n'est défini par rapport à l'État, mais l'est

individuelle et étatique pour le meurtre des personnes protégées, voir les articles 29 et 148 de la quatrième Convention de Genève sur les conflits armés, *supra* note 12. Pour le terrorisme, voir par exemple Luigi Conderelli, « The imputability to States of Acts of International Terrorism », (1989) 19 *Israel Yearbook on Human Rights* 289. Quant à la torture, voir *Procureur c Furundzija*, IT-095-17-1/T, (Chambre de première instance, Jugement du 10 Décembre 1998), au para 142.

³¹⁸ Voir entre autres, la *Charte Internationale des droits de l'Homme* (la D.U.D.H., le P.D.C.P., le P.I.D.E.S.C. et les protocoles facultatifs à ces instruments) qui accorde une place importante à l'individu au sein des juridictions et quasi-juridictions internationale. Consulter à ce titre par exemple, la résolution 2200A (XXI) du 16 décembre 1966 de l'A.G.N.U. qui institue un comité pour veiller à la mise en œuvre effective des dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques; les mécanismes régionaux (européen, africain et interaméricain) de protection des droits de la personne dans lesquels l'individu peut directement ester devant ces juridictions internationales pour faire valoir ses droits.

³¹⁹ Pierre-Marie Dupuy, *supra* note 308, à la p 1091.

³²⁰ Pierre-Marie Dupuy et Yann Kerbrat, *Droit international public*, Dalloz, 11e édition, 2012, à la p 233. On peut aussi consulter Frédéric Sudre, *Droit international et européen des droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2008, 9e éd., coll. Droit fondamental. Emmanuel Decaux et Hubert Thierry (dir.), dans *Droit international et droits de l'Homme*, Montchrestien, 1990. Ian Brownlie (ed.) *Basic Documents on Human Rights*, 3e éd., Oxford, Clarendon Press, 1992.

plutôt en référence aux individus³²¹. Cette autonomisation de la responsabilité pénale individuelle par rapport à la responsabilité internationale étatique s'est manifestée lors de plusieurs cas d'application du droit pénal international. Comme exemple, on peut citer le régime des immunités applicable aux personnes accusées. Alors que sur le plan du droit interne, les agents de l'État, accusés de crime international peuvent invoquer l'immunité de juridiction, ce principe n'est pas un moyen de défense valable devant les tribunaux internationaux³²². Cette règle est sous-jacente aux principes fondamentaux de l'Accord de Londres créant le T.M.I. de Nuremberg chargé de poursuivre et juger les Grands criminels de guerre³²³. Ce tribunal déclarait en effet que :

the principle of international law, which under certain circumstances, protects the representatives of State, cannot be applied to acts which are condemned as criminal by international law. The authors of these acts cannot shelter themselves behind their official position in order to be freed from punishment in appropriate proceedings³²⁴.

Le rejet de l'immunité a été aussi affirmé par le T.P.I.Y. dans l'affaire *Blažkić*, lorsque la Cour a précisé qu'il est de l'essence du droit pénal international qu'elle soit mise de côté par rapport à des crimes contre l'humanité et des crimes de génocide, même si les responsables de ces crimes les ont réalisés dans le cadre de leur fonctions officielles³²⁵.

³²¹ Pierre-Marie Dupuy, « International Criminal Responsibility of the Individual and International Responsibility of the State », *supra* note 308, à la p 1092. Voir par exemple la définition des crimes dans le Statut de Rome sur la C.P.I., *supra* note 46, aux art. 6, 7 et 8.

³²² Pierre-Marie Dupuy, « Crimes et immunités, ou dans quelle mesure la nature des premiers empêche l'exercice des seconds », (1999) 103 *Revue générale de droit international public*, aux pp 289-296.

³²³ Pierre-Marie Dupuy, « International Criminal Responsibility of the Individual and International Responsibility of the State », *supra* note 308 à la p 1093.

³²⁴ Tribunal Militaire International, tome XXII, aux pp 495-496, voir aussi les articles 7 et 8 du Statut, *supra* note 46.

³²⁵ Cas *Blažkić*, IT-95-14, T.P.I.Y., (Chambre d'appel, Jugement du 29 octobre 1997), au para 41.

Par ailleurs, il est également important de noter le rejet de ce qui était appelé « [t]he Defence Acts of States or Superior Orders »³²⁶. Ce principe signifie que l'argument selon lequel l'ordre a été donné par l'État ou un supérieur hiérarchique, n'est plus un argument de défense valable désormais en droit international. Ce principe en vigueur depuis Nuremberg, continue d'être observé dans la jurisprudence des tribunaux internationaux³²⁷. Ainsi, même si techniquement la responsabilité pénale individuelle n'exclut pas la responsabilité internationale étatique, il est désormais reconnu à la responsabilité pénale individuelle une certaine autonomie³²⁸. Dans le cas spécifique du crime de génocide, il sera toutefois nécessaire de faire clairement la distinction entre les deux formes de responsabilité.

De ce qui précède, il apparaît qu'il y a bien une distinction entre les responsabilités pénales individuelles et les responsabilités internationales étatiques. Ce qui soutient notre hypothèse que ces responsabilités peuvent être mises dans un contexte de justice transitionnelle.

³²⁶ Voir Paola Gaeta, « The Defence of Superior Orders: The Statute of the international Criminal Court versus Customary International Law », (1998) 10 *European Journal of International Law*, aux pp 172-191. Ce principe a été adopté pour la première fois par le tribunal militaire de Nuremberg, voir, *Alstötter et al.*, American Military Tribunal at Nuremberg, 4 December 1947, Annual Digest 14, 1947, à la p 287. Voir aussi les articles 6, 7 et 8 de la Charte du T.M.I. de Nuremberg, *supra* note 2. Voir également, l'article 6 de la Charte du T.M.I. de Tokyo, *supra* note 2. La responsabilité individuelle même en cas d'ordre d'un supérieur est consacrée aussi à l'article 28 du Statut de la Cour pénale internationale. Mais, le Statut de Rome crée une exception à cette règle, à l'article 33 du Statut. Pour une revue de la doctrine sur la responsabilité du supérieur hiérarchique, on peut utilement consulter, Beatrice I. Bonafé, « Finding a Proper Role for Command Responsibility », (2007) 5 *Journal of Criminal Justice* 599. Bing Bing Jia, « The Doctrine of Command Responsibility Revisited », (2004) 3 *Chinese Journal of International Law* 1. Ilias Bantekas, « The Contemporary Law of Superior Responsibility », (1999) 93 *American Journal of International Law* 573. Leslie C. Green, « Command Responsibility in International Humanitarian Law », (1995) 5 *Transnational Law and Contemporary Problems* 319. William H. Parks, « Command Responsibility for War Crimes », (1973) 62 *Military Law Review* 1.

³²⁷ Voir entre autres, *Procureur c. Mucić et al.*, IT-96-21-A, T.P.I.Y., (Chambre d'appel, Jugement du 20 février 2001), au para 195. *Procureur c. Halilović*, IT-01-48-I, T.P.I.Y., (Chambre d'appel, décision du 16 octobre 2007), au para 59.

³²⁸ André Nollkameper, *supra* note 317, à la p 621.

1.3 Conclusion du chapitre I

La fin de la Deuxième Guerre mondiale marquée par la condamnation des Grands criminels de guerre Nazis de 1945 à 1946, et l'adoption de la Convention de 1948 sur le génocide ont offert à l'humanité l'espoir que des massacres odieux d'une telle ampleur n'auraient plus lieu dans notre monde. En outre, la consécration du génocide comme norme de *jus cogens* à laquelle aucune violation n'est permise a passé à son comble le rêve: l'aspiration qu'une telle atrocité serait bannie à tout jamais. Mais causant la plus grande désillusion, cette attente fut brisée par d'autres crimes d'une brutalité effarante à travers le monde. Les années qui suivirent ont connu dans plusieurs pays, des brutalités semblables. Nous mentionnons, entre autres, le génocide du Rwanda en 1994, et le génocide de Srebrenica en ex-Yougoslavie en 1995.

Concernant le génocide, il convenait dans le chapitre précédent, d'essayer de comprendre ce crime: ses éléments caractéristiques, quelques exemples historiques et sa particularité en droit international. L'intention spécifique qui caractérise ce crime et rend compte de sa gravité exceptionnelle, constitue en même temps son problème. Entre obstacles juridiques et instrumentalisation politique³²⁹, la prévention et la répression de ce crime connaissent de grandes entraves. L'un des obstacles majeurs consiste dans toute la difficulté de démontrer l'intention génocidaire. Des cas de l'ex-Yougoslavie et du Rwanda, on se rend compte que la punition de ce crime par les juges a très souvent été "acrobatique". Ce fait se complexifie plus quand on est dans un contexte de justice transitionnelle dans lequel il faut négocier une « transition prudente vers la démocratie et la paix »³³⁰. C'est à ce niveau que les mécanismes de justice transitionnelle ajoutent de nouvelles problématiques à la complexité inhérente au crime de génocide. Compte tenu de la définition du génocide, quelles sont les obligations des États face à la commission de ce crime? Le paradigme de justice

³²⁹ Laurent Moreillon, « Crime de génocide et intention: Blocage juridique ou blocage politique », dans Laurent Moreillon, Aude Bichovsky et Maryam Massrouri (éds.), *supra* note 89, aux pp 251-269.

³³⁰ Sandrine Lefranc, *supra* note 62, à la p 132.

transitionnelle nous aide-t-il à mieux appréhender ces obligations? Pour mieux cerner tous ces enjeux dans les cas spécifiques de l'ex-Yougoslavie et du Rwanda, il convient au préalable de comprendre l'évolution historique et le cadre normatif des mécanismes de justice transitionnelle. Le chapitre suivant sera consacré à cette réflexion.

CHAPITRE II

LE CADRE HISTORIQUE ET NORMATIF DE LA JUSTICE TRANSITIONNELLE

Pour mieux cerner les enjeux que soulèvent les mécanismes de justice transitionnelle dans les contextes de crimes de génocide de l'ex-Yougoslavie et du Rwanda, il s'avère indispensable de présenter sommairement l'évolution historique de la justice transitionnelle(2.1) ; ensuite, il faudra déterminer la nature juridique des quatre mesures contenues dans ces dispositifs(2.2). Ceci nous permettra de montrer les complémentarités et les contradictions qu'il peut y avoir entre les mécanismes de justice transitionnelle et les responsabilités pour le crime de génocide.

2.1 L'évolution historique de la notion de « justice transitionnelle »

La justice transitionnelle n'est pas un phénomène nouveau. En effet, John Elster fait remonter ces mécanismes depuis 411 avant J.C. et 404-403 avant J.C. à Athènes, lorsque la démocratie a été renversée par une oligarchie, suivie de la défaite des oligarques et de la restauration de la démocratie³³¹. Toutefois, pour les besoins de ce mémoire, nous ne considérerons que trois phases de la justice transitionnelle et ce, à partir de la Deuxième Guerre mondiale³³².

La phase I débute avec les procès des Grands criminels de guerre de Nuremberg en 1945 et consacre l'avènement d'un nouveau paradigme: celui de la responsabilité pénale individuelle. Cette théorie trouve son expression dans le tout premier procès

³³¹ John Elster, *Closing the Books: Transitional Justice in Historical Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, aux pp 3-23.

³³² Ces trois phases sont issues de la réflexion de Ruti G. Teitel, « Transitional Justice Genealogy », *supra* note 64, aux pp 70-93 ; Ruti G. Teitel, « The Law and Politics of Contemporary Transitional Justice », (2005) 38 *Cornell International Law Journal* 837, aux pp 839-840.

dirigé contre *Göring et al.* le 20 novembre 1945³³³. Sur un total de 24 personnes inculpées, 21 ont pu être jugés. Robert Ley a pu éviter le procès en se suicidant, Gustav Krupp ne pouvait pas se présenter à un procès et Martin Bormann a été jugé *in absentia*³³⁴. Dans cette phase, les poursuites de Nuremberg étaient avant tout utilisées comme cadre de justification et de légitimation de l'intervention des alliés dans la guerre³³⁵. Plusieurs critiques ont été formulées à l'égard de ces procès³³⁶. Au delà du fait qu'aucun appel n'était possible à l'égard des jugements³³⁷, un des débats de l'époque était de savoir sur quelle base il était possible de juger des crimes qui n'étaient pas incriminés sous le régime nazi. Si les actes ont été exécutés sur l'ordre du Souverain précédent, comment peuvent-ils être illégaux et donner lieu à des sanctions? Sur la question, le droit positif ne semble pas offrir des solutions adéquates. H.L.A. Hart et Lon Fuller ont débattu de façon très pertinente sur la question³³⁸. Pour Hart, défenseur du positivisme juridique, la loi antérieure, même immorale, a force exécutoire et doit être suivie par les tribunaux jusqu'à ce qu'elle soit remplacée. Ce qui sous-entendait que pour lui, les règles de droit régulièrement posées sous le régime nazi étaient valides et ne devraient pas faire l'objet de sanction pour ceux qui les ont respectées. Aussi, les jugements de Nuremberg étaient-ils dénués de tout fondement juridique selon le positivisme de Hart. Lon Fuller en revanche, considère que la règle de droit suppose une rupture avec le régime immoral,

³³³ Ce procès a été publié dans 23 volumes, Voir *Le procès des Grands criminels de guerre, Procès du T.M.I. de Nuremberg, Allemagne* (1950). Consulter aussi, Annette Wieviorka, *Les procès de Nuremberg et de Tokyo*, Bruxelles, André Versaille (éd.), 1996. Taylor Telford, *The Anatomy of the Nuremberg Trials*, USA, Little Brown & Co (P), 1993. Georges Ginsburgs et Vladimir Nikolaevich Kudriavtsev (eds.), *The Nuremberg Trial and International Law*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1990.

³³⁴ Gerhard Werle, *supra* note 7, à la p 9.

³³⁵ Ruti G. Teitel, *supra* note 64, à la p 73.

³³⁶ Voir la discussion portant sur la question de savoir si les actes étaient criminels au sens du droit international au moment de leur commission, M. Cherif Bassiouni, *supra* note 45, aux pp 408 et s. Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, USA, Oxford University Press, 2001, à la 44.

³³⁷ Art. 26 de la Charte du T.M.I. de Nuremberg, *supra* note 2.

³³⁸ *Ibid* aux pp 12-15. Voir aussi « Comment la loi se comporte en période de transition » discuté par Derk Venema, « Transitions as States of Exception: Towards a More General Theory of Transitional Justice », dans Nicola Palmer et al. (éd.), *Critical Perspectives in Transitional Justice*, Cambridge, Antwerp, Portland, Intersentia, Series on Transitional Justice n° 8, aux pp 73-89, aux pp 74-78.

par exemple dans le cas de l'Allemagne Nazie, une séparation avec l'ordre juridique précédent. Au delà de cette polémique ontologique entre le droit positif et le droit naturel, des questions se sont posées également par rapport aux principes: qu'il ne peut y avoir de crime sans loi (*nullum crimen sine lege*), de peine sans loi (*nulla poena sine lege*), de non rétroactivité de la loi pénale (lois *ex post facto*), de la règle *bis in idem*³³⁹. Pour être conforme au principe de la légalité des délits et des peines, un crime doit être défini avec suffisamment de précision pour avertir au préalable les personnes qu'une conduite particulière est qualifiée de crime³⁴⁰. À cet égard, les Tribunaux de la paix mis en place en Allemagne pour juger les Nazis, ont violé ces principes³⁴¹. Pour expliquer ces situations, Ruti G. Teitel considère qu'en période de flux politique, donc de justice transitionnelle, le droit international incorpore des valeurs du droit positif et du droit naturel³⁴². Le droit international sert ainsi de concept de médiation pour atténuer le dilemme de la règle de droit à l'égard de la justice et permet de légitimer la légalité des procès de Nuremberg contre les préoccupations sur la rétroactivité³⁴³.

La phase II intervient vers la fin de la guerre froide. La victoire de l'Ouest sur l'Est symbolisée par la chute du mur de Berlin en 1989, entraîne des reconfigurations politiques au sein des États et des vagues de démocratisation³⁴⁴. Les transitions se font sur fond de compromis politiques entre les différents acteurs, entraînant une interruption du cours normal de la justice³⁴⁵. Une nouvelle ère de justice transitionnelle s'ouvre principalement en Amérique latine: en Argentine, en 1983 ; au

³³⁹ Voir ces principes dans la *Charte africaine sur les Droits de l'Homme et des peuples*, art. 7(2), 26 juin 1981, OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 ILM 58 ; *Convention Américaine des Droits de l'Homme* art. 9, 22 nov. 1969, 1144 NURT 123, OASTS 36 ; P.I.D.C.P., art. 15(1), 19 déc. 1966, 999 NURT 171 ; *Convention européenne pour les Droits de l'Homme*, art. 7(1), 4 nov. 1950, EUR. TS. No 5, 213 NURT, 221 ; *Déclaration universelle des Droits de l'Homme*, art. 11(2), 10 déc. 1948, Rés AG 217 A (III), Doc. O.N.U. A/810 (1948).

³⁴⁰ M. Cherif Bassiouni, *supra* note 18, à la p 63.

³⁴¹ Derk Venema, *supra* note 338, à la p 85.

³⁴² Ruti G. Teitel, *supra* note 63, à la p 21.

³⁴³ *Ibid* à la p 20.

³⁴⁴ Ruti G. Teitel, *supra* note 64, à la p 71.

³⁴⁵ Sandrine Lefranc, *supra* note 62, à la p 132.

Chili, en 1990 ; au Salvador en 1992 ; au Guatemala, en 1996 etc. Malgré les différences dans les mécanismes de justice transitionnelle de ces pays, ceux-ci partagent certaines caractéristiques. Tout d'abord, ils étaient parvenus à un niveau relativement élevé d'institutionnalisation horizontale comme verticale, niveau manifesté par des institutions couvrant l'ensemble du territoire national et un ordre juridique règlementant le rapport entre les citoyens et les pouvoirs publics. Ensuite, des mesures avaient été adoptées pour faire face à l'exercice abusif du pouvoir d'État à travers ces institutions³⁴⁶. Cette période qui se caractérise par l'absence d'une claire répartition des rôles entre vainqueurs et vaincus, explique en grande partie, la fréquence des lois d'amnistie³⁴⁷. Dans plusieurs de ces pays, l'état du droit a une certaine influence sur l'efficacité du système judiciaire. Les poursuites pénales sont parfois difficiles à cause d'un droit souvent inexistant ou légalisant les répressions³⁴⁸. En Uruguay par exemple, la poursuite des responsables de la répression était impossible, car l'ancien régime avait légalisée une partie des pratiques répressives par le droit³⁴⁹. En outre, certaines infractions graves n'étaient même pas encore codifiées. C'est le cas par exemple des « disparitions » forcées qui ne correspondaient à l'époque de l'installation des premiers gouvernements démocratiques, à aucune incrimination codifiée ni dans les codes pénaux des pays du cône sud latino-américain³⁵⁰. Toutefois, en droit international, une qualification de l'infraction en tant que crime contre l'humanité était présente dans différents instruments internationaux³⁵¹. C'est dans ce

³⁴⁶ *Rapport du Rapporteur spéciale sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition*, Pablo de Greiff, A/HRC/21/46 (2012), aux pp 5-6, au para 15.

³⁴⁷ Sandrine Lefranc, *supra* note 62, à la p 133.

³⁴⁸ C'était le cas par exemple en Afrique du Sud sous la politique de l'*Apartheid*. Consulter à cet effet, Alex Boreine, « Truth and Reconciliation in South Africa: the Third Way », aux pp 141-157, dans Robert I. Rotberg et Dennis Thompson (éd.), *Truth v. Justice*, Princeton, Princeton University Press, 2000, aux pp 141-144.

³⁴⁹ Sandrine Lefranc, *supra* note 62, à la p 133.

³⁵⁰ *Ibid.*

³⁵¹ Voir cette qualification dans la résolution 666 (XIII-0/83) « Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights », 18 novembre 1983, dans Rapport annuel de la Commission interaméricaine, OEA/Ser.L/V/II.63, 24 septembre 1984. Cette qualification était reprise dans la plupart des instruments internationaux relatifs aux disparitions forcées. Consulter, la *Déclaration de l'A.G.N.U. pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées*, résolution 47/133 (1992) ; la résolution 666 (XIII-0/83) de

contexte que les premières commissions de vérité ont été mises en place. Ces systèmes ont porté différentes dénominations, mais ils peuvent être génériquement appelés « Commissions de vérité » ou « Commissions de vérité et de réconciliation » (ci-après: C.V.R.). Par exemple, en Argentine, ils étaient appelées « Commission des personnes disparues », au Chili, « Commission nationale de vérité et de réconciliation », au Guatemala, « Commission pour la clarification historique », au Salvador, « Commission de vérité », en Afrique du sud, « *Truth and Reconciliation Commission* » (ci-après: T.R.C.), au Timor Leste, « Commission pour la réception, vérité et réconciliation », au Maroc, « Commission d'équité et de réconciliation »³⁵², etc. Ces commissions étaient le plus souvent mises en place en tant qu'alternative à l'absence de poursuites judiciaires appropriées et dans le but de dire la « vérité » sur ce qui c'était passé. Une place centrale était alors accordée aux victimes dans le but de permettre une catharsis collective qui aboutisse à la réconciliation dans ces pays. Ce qui n'était pas tout-à-fait le rôle de la justice pénale ordinaire. Ce mode de punition rétributive, bien qu'étant un volet de la justice transitionnelle a ainsi été mis de côté au détriment de ces nouveaux mécanismes, orientés vers la recherche d'une vérité historique des crimes passés et la réconciliation.

Les C.V.R. ont commencé à avoir un véritable succès à partir des années 1990. La T.R.C. d'Afrique du sud est celle qui a largement contribué à l'expansion de ces modèles. Elle avait plusieurs mandats: l'établissement d'une vérité sur l'apartheid (entre 1960 et 1994), les réparations pour les victimes des violations graves des Droits de l'Homme et l'octroi d'une amnistie conditionnelle aux responsables de crimes politiques qui acceptaient d'avouer leurs crimes³⁵³. Elle avait pour objectif principal de « promouvoir l'unité et la réconciliation nationale dans un esprit de

l'Assemblée générale de l'OEA ; Projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *supra* note 55, art. 3 au para 1.

³⁵² Priscilla B. Hayner, *Unspeakable Truths: Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions*, New York, London, Routledge, 2e édition, 2011, aux pp 27-74.

³⁵³ Martha Minow, *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History After Genocide and Mass Violence*, Beacon Press, Boston, 1992, à la p 53.

compréhension qui transcende les conflits et les divisions du passé »³⁵⁴. Selon Priscilla Hayner, la plus grande innovation de la T.R.C. Sud-Africaine est son utilisation des audiences publiques et, sa valorisation des témoignages individuels des victimes. Plus de 21 000 victimes et témoins ont été entendues et 2000 sont apparus dans les assemblées publiques avec une couverture médiatique très intense³⁵⁵. Le huit clos a ainsi cédé la place, en Afrique du sud, puis au Pérou ou au Maroc, à des auditions et des dialogues publics³⁵⁶.

Les C.V.R. étaient créées par diverses entités et avaient également des objectifs variés. Au Salvador, la Commission de vérité créée en 1991 a été négociée sous les auspices des Nations Unies³⁵⁷. Elle avait pour mandat d'enquêter sur les actes de violence extrême survenus depuis 1980 en vue d'établir la vérité et de recommander des mesures juridiques, politiques et administratives. Ces mesures devaient prévenir la non récurrence des crimes et proposer des initiatives pour la réconciliation nationale³⁵⁸. La Commission nationale sur les personnes disparues en Argentine, a été mise en place par décision présidentielle, dans le but d'enquêter sur les disparitions forcées³⁵⁹. Au Guatemala, la Commission créée en 1993 entre le gouvernement et la Guérilla portait le nom de « Commission pour la clarification historique des actes de violence qui ont causé des souffrances aux peuples de Guatemala pendant le conflit armé interne »³⁶⁰. Pour certains auteurs, l'absence du mot « vérité » dans cet intitulé

³⁵⁴ Voir *The National Unity and Reconciliation Act*, Act No. 34, 1995, Republic of South Africa, Government Gazette, vol. 361, No. 16579 (Cap Town, July 26, 1995). Voir aussi, José Doria et al., « Afrique », dans M. Cherif Bassiouni (éd.), *supra* note 33, à la p 475, [Notre traduction].

³⁵⁵ Priscilla B. Hayner, *supra* note 352, à la p 28.

³⁵⁶ Sandrine Lefranc, *supra* note 62, à la p 135.

³⁵⁷ Thomas Buerghenthal, « The United Nations Truth Commission for El Salvador », (1994) 27 *Vanderbilt Journal of Transitional Law* 497.

³⁵⁸ Victor Rodríguez-Rescia, « Central and South America », dans M. Cherif Bassiouni (éd.), *supra* note 33, à la p 222.

³⁵⁹ Martha Minow, *supra* note 353, à la p 54.

³⁶⁰ *Ibid* à la p 234, [Notre traduction].

montrait à quel point l'État avait peur de ce terme³⁶¹. Un groupe d'O.N.G. internationales s'est joint aux organisations de défense des droits de l'Homme au Rwanda pour créer la Commission de courte durée après le génocide de 1994. Cette Commission d'un genre nouveau a obtenu une très grande légitimité et un grand soutien international³⁶². Au Liberia, la T.R.C. créée en mai 2005 en vertu de la Partie VI et l'Article XIII de l'Accord de paix avait pour mission de « promouvoir la paix nationale, la sécurité, l'unité et la réconciliation »³⁶³. En Équateur, la Commission de vérité établie en mai 2007 par le gouvernement avait pour objectif d'investiguer sur les violations des droits de la personne commises entre 1984 et 1988, de déclassifier les dossiers confidentiels pour que la vérité soit dite aux victimes, de proposer des politiques de réparation, de réformes légales et institutionnelles afin de prévenir la commission de tels crimes dans l'avenir, de réunir des preuves civiles, criminelles et administratives afin de les déférer aux autorités compétentes³⁶⁴.

Les C.V.R. sont de ce fait devenues des cadres d'expression de la démocratie libérale³⁶⁵. Elles sont devenues des instances de délibération publique sur le passé, principalement orientées vers les victimes, en leur permettant de s'exprimer et, de raconter leurs souffrances. Les C.V.R. vont ainsi incarner une autre forme de justice, qualifiée de restauratrice. Elles ne sont plus persues comme un palliatif dans des contextes caractérisés par la non application du droit, mais comme une autre manière de rendre la justice³⁶⁶. Elles vont aller jusqu'à intégrer des formes de justice dite traditionnelle, avec l'objectif n'ont plus forcément la punition des coupables au sens

³⁶¹ Franck La Rue, « The Truth Commissions and the National Whole, Comments », dans M.W. Bleeker (éd.), *The Legacy of Truth: The Impact of Transitional Justice in the Construction of Democracy in Latin America* 90, International Center for Transitional Justice, 2007, à la p 91.

³⁶² Priscilla B. Hayner, « Fifteen Truth Commission – 1974 to 1994: A Comparative Study », (1994) 16 Human rights Quarterly 597, à la p 629.

³⁶³ *Ibid* à la p 456.

³⁶⁴ Victor Rodríguez-Rescia, « Central and South America », dans M. Cherif Bassiouni (éd.), *supra* note 33, aux pp 282-183.

³⁶⁵ Stéphane Leman-Langlois, « La vérité réparatrice dans la commission de vérité et de réconciliation d'Afrique du sud », (2006) Les cahiers de la justice n° 1 209, à la p 211. Sandrine Lefranc, *supra* note 62, à la p 135.

³⁶⁶ Sandrine Lefranc, *supra* note 62, à la p 136.

pénal, mais plutôt celui de favoriser la réconciliation. En Ouganda, la cérémonie du *mato oput*, qui signifie « boire la racine amère » en langue acholie, entre dans cette dynamique. Il s'agit d'une cérémonie complexe qui dure plusieurs jours, et dont le point central est le moment de la boisson extraite de la racine d'*oput*, un arbre qui pousse dans la région, mélangée à de la bière locale. L'amertume de cette racine signifie le crime passé et la perte d'une vie. La boire signifie que les deux parties sont prêtes à « avaler » l'amertume du passé, de se promettre de ne plus jamais avoir à la goûter³⁶⁷. En Afrique du Sud aussi, le fait de privilégier la vérité et la réconciliation à une justice exclusivement pénale et punitive, a été expliqué par l'*ubuntu* sud-africain. À en croire l'un de ces promoteurs, l'Archêvêque Desmond Tutu, ce terme signifie que les victimes devaient donner leur pardon à leurs bourreaux. Le ressentiment était présenté comme « déshumanisant »³⁶⁸. Cette justice traditionnelle va être systématisée par Desmond Tutu en 1995, en associant la figure du pardon, l'amnistie et l'*ubuntu* pour atteindre les objectifs de la réconciliation.

Pour Priscilla B. Hayner, l'une des expertes en matière de justice transitionnelle, par « Commissions de vérité », il faut entendre, « [the] bodies set up to investigate a past history of violations of human rights in a particular country – which can include violations by the military or other government forces or by armed opposition forces »³⁶⁹. Selon l'auteure, ces Commissions se caractérisent par quatre éléments : d'abord, elles portent sur le passé ; ensuite, elles ne sont pas orientées vers un événement spécifique, mais cherchent à avoir une image globale de certaines violations des Droits de l'Homme ou du droit international humanitaire sur une certaine période de temps ; ces commissions ont habituellement une existence temporaire et cessent d'exister avec la remise de leur rapport d'enquête ; finalement, ces commissions sont toujours investies d'une certaine autorité par leurs

³⁶⁷ Kora Andrieu, *supra* note 245, à la p 232.

³⁶⁸ *Ibid.*

³⁶⁹ Priscilla B. Hayner, *supra* note 362, à p à la p 600.

commanditaires, ce qui leur permet d'avoir accès aux informations, d'obtenir une grande protection pour leurs personnels qui enquêtent parfois sur des domaines très sensibles³⁷⁰.

La phase III de la justice transitionnelle commence à la fin du XX^{ème} siècle et est associée aux instabilités politiques et aux violences dans certains États. Elle se caractérise d'une part, par une stabilité et une normalisation de la justice transitionnelle comme norme de régulation des crises internes des États et d'autre part, par une politisation très élevée de la règle de droit³⁷¹. Selon le *International Centre for Transitional Justice*, l'une des premières organisations spécialisées dans l'étude de la justice transitionnelle,

Transitional justice refers to the set of judicial and non-judicial measures that have been implemented by different countries in order to redress the legacies of massive human rights abuses. These measures include criminal prosecutions, truth commissions, reparations programs, and various kinds of institutional reforms³⁷².

Cette définition met en exergue les outils méthodologiques³⁷³ de la justice transitionnelle qui sont aussi des droits sur lesquels elle repose. Ces droits sont: le droit à la vérité, le droit à la justice, le droit à la réparation et le droit aux garanties de non répétition. Ces mesures permettent aux États qui sortent d'un conflit ou d'un régime autoritaire de faire face aux violations graves des droits de l'Homme³⁷⁴. Fort de son succès, la justice transitionnelle va se répandre très rapidement et s'afficher comme cadre de réponse aux violations des droits de la personne commises dans les États en transition vers la démocratie ou en proie à des conflits internes. Aujourd'hui, les C.V.R. sont entièrement normalisées et considérées comme

³⁷⁰ *Ibid* à la p 604.

³⁷¹ Ruti G. Teitel, *supra* note 64, à la p 89-92.

³⁷² International Centre for Transitional Justice, www.ictj.org, consulté le 2 mai 2013.

³⁷³ Brian Grodsky, « Re-Ordering Justice: Towards A New Methodological Approach to Studying Transitional Justice », (2009) 46:6 *Journal of Peace Research* 819.

³⁷⁴ Alexandre Mayer-Rieckh, « Réforme du système de sécurité et procédures de vérification et de filtrage de la fonction publique (vetting) », dans Mô Bleeker (éd.), *supra* note 69, à la p 43.

complémentaires aux procédures pénales ordinaires³⁷⁵. Il s'agit là d'une volonté de les encadrer juridiquement pour éviter l'impunité des crimes les plus graves du droit international. Elles sont ainsi reconnues par les Nations Unies qui édictent de nombreux textes internationaux pour les encadrer. On peut citer entre autres, le rapport de 1997 de Louis Joinet au Conseil économique et social des Nations Unies sur la *Question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme*³⁷⁶. Ce rapport définit les quatre mécanismes de la justice transitionnelle: le droit de savoir, le droit à la justice, le droit à la réparation et le droit aux garanties de non renouvellement³⁷⁷. Aussi, le rapport de 2004 du Secrétaire général des Nations Unies sur le *Rétablissement de l'État de droit et l'administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit*³⁷⁸. Ce rapport soutient que la justice, la paix et la démocratie ne sont pas des objectifs qui s'excluent mutuellement, mais au contraire des impératifs qui se renforcent les uns les autres. Dès lors, il réaffirme les mécanismes définis par Louis Joinet, tout en soulignant que ces mesures doivent être mises en œuvre dans une approche intégrée et complémentaire³⁷⁹. On a également le rapport actualisé de 2005 de Diane Orentlicher sur l'*Ensemble des principes pour la lutte contre l'impunité*³⁸⁰. Ce rapport revient sur les quatre couple-droits définis par Joinet en 1997 à la lumière de l'expérience de la pratique des C.V.R.³⁸¹. On a enfin le rapport de 2006 du Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme sur *Les Instruments de l'État*

³⁷⁵ Haut Commissariat des Nations Unies aux Droits de l'Homme sur *Les Instruments de l'État de droit dans les sociétés sortant d'un conflit: les Commissions de vérité*, Nations Unies, New York, Genève, HR/PUB/06/1, 2006, à la p 27. En ligne: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/RuleoflawTruthCommissionsfr.pdf>, Consulté le 6 mai 20013.

³⁷⁶ Rapport de Louis Joinet au Conseil économique et social des Nations Unies sur la *Question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme (civils et politiques)*, *supra* note 80.

³⁷⁷ Voir *Ibid.*

³⁷⁸ Rapport du Secrétaire général des Nations Unies au Conseil de sécurité sur le *Rétablissement de l'État de droit et l'administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit*, *supra* note 80, au para 8, à la p 7.

³⁷⁹ Voir *Ibid* et précisément le résumé à la p 3 et consulter les pages 12-13.

³⁸⁰ Rapport de l'experte indépendante chargé de mettre à jour l'*Ensemble des principes pour la lutte contre l'impunité*, Diane Orentlicher, *supra* note 61.

³⁸¹ Voir *Ibid.*

*de droit dans les sociétés sortant d'un conflit: les Commissions de vérité*³⁸². Ce rapport définit entre autres, les conditions nécessaires à la mise en place d'une C.V.R.:

Premièrement, il doit y avoir la volonté politique de permettre et si possible d'encourager et de soutenir activement la réalisation d'une enquête approfondie consacrée aux exactions passées. [...] Deuxièmement, il faut avoir mis un terme aux conflits violents, à la guerre ou aux pratiques répressives. [...] Troisièmement, il faut que les victimes et les témoins manifestent un réel intérêt à l'égard du travail de recherche ainsi engagé et soient motivés pour coopérer³⁸³.

Dans l'objectif d'encadrer les activités des mécanismes de justice transitionnelle, une résolution du Conseil des droits de l'Homme du 13 octobre 2011³⁸⁴ a nommé un Rapporteur spécial, Pablo de Greiff, dont le mandat est de promouvoir les quatre piliers centraux des mécanismes de justice transitionnelle: la vérité, la justice, la réparation et les garanties de non-répétition dans les États ayant connu des violations massives des droits de l'Homme. Il a présenté son premier rapport annuel au Conseil des Droits de l'Homme, le 9 août 2012³⁸⁵. Dans ce dernier, le Rapporteur définit principalement l'approche globale des quatre mesures de la justice transitionnelle ainsi que les relations qui existent entre elles³⁸⁶. De Greiff a aussi présenté son premier rapport à l'A.G.N.U. le 13 septembre 2012³⁸⁷. Dans ce rapport, il met en exergue les moyens par lesquels la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition doivent être conçues comme un ensemble de mesures qui se renforcent mutuellement, et contribue à consolider l'état

³⁸² Haut Commissariat des Nations Unies aux Droits de l'Homme sur *Les Instruments de l'État de droit dans les sociétés sortant d'un conflit: les Commissions de vérité*, *supra* note 375, à la p 27.

³⁸³ *Ibid* à la p 3.

³⁸⁴ Résolution adoptée par le Conseil des droits de l'homme portant *Rapporteur spécial sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition* A/HRC/RES/18/7, 2011.

³⁸⁵ Rapport du Rapporteur spécial sur la *Promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition*, *supra* note 346.

³⁸⁶ *Ibid* aux pp 8-10, aux para 22-27.

³⁸⁷ Rapport du Rapporteur spécial sur la *Promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition*, *supra* note 346.

de droit³⁸⁸. À ce jour, ce nombre pourrait tendre vers le double, notamment suite aux Révolutions populaires du Printemps arabe survenues à partir de décembre 2010 dans certains pays et les crises internes dans d'autres. On peut citer comme exemples les cas de la Tunisie, de la Lybie, de l'Égypte, de la Syrie, du Yémen, du Bahreïn, du Maroc et de la Côte d'Ivoire, le Mali, la Centrafrique etc. À la différence des transitions de deuxième génération qui ont suivi la chute de régimes autoritaires, les transitions de troisième génération sont le plus souvent des situations de sortie de conflit, voir des situations dans lesquelles il n'y a pas de transition proprement dite³⁸⁹. Aussi, ces situations se caractérisent souvent par la faiblesse des institutions, une grave pénurie économique, entraînant des revendications relatives aux droits économiques, contre la corruption et en faveur de l'égalité des chances et des demandes de réparation des violations des droits civils et politiques³⁹⁰.

Pour Ruti Teitel, de la phase I à la phase III, la justice transitionnelle est passée d'une norme d'exception à un paradigme de la règle de droit dont la consécration est l'adoption du Statut de la C.P.I.³⁹¹. L'entrée en vigueur du Statut de Rome sur la C.P.I. est l'une des grandes avancées de la communauté internationale dans la répression des crimes internationaux commis en période transitionnelle. Elle est le garant du volet répressif de la justice transitionnelle. La Cour joue un rôle secondaire par rapport aux États qui détiennent la priorité de compétence pour poursuivre et punir ces infractions graves. Il leur appartient d'adopter des lois nationales nécessaires pour sanctionner ces crimes. C'est lorsqu'ils n'ont pas la capacité ou manquent de volonté, que la Cour pourra entrer en matière et poursuivre les crimes³⁹². Le Conseil de sécurité a un rôle

³⁸⁸ *Ibid.* Voir résumé à la p 2, et les pp 6-22, aux para 14-73.

³⁸⁹ *Rapport du Rapporteur spéciale sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition*, *supra* note 346, à la p 6, au para 16.

³⁹⁰ *Ibid.*

³⁹¹ Ruti G. Teitel, *supra* note 64 à la p 71.

³⁹² Art. 17 et 20 du Statut de la C.P.I., *supra* note 46.

important à jouer à cet égard, dans la mesure où il peut saisir la Cour, même lorsque les pays concernés ne sont pas des États parties à son Statut³⁹³.

On pourrait par ailleurs se demander si les mécanismes de justice transitionnelle peuvent s'inscrire dans un cadre conceptuel cohérent. Sur la question, Sandrine Lefranc considère que la justice transitionnelle n'est pas un concept car ses mécanismes de fonctionnement manquent de cohérence³⁹⁴. Pour l'auteure, celle-ci « agrège des outils très variés, rarement associés dans les politiques nationales, voire contradictoires dans leurs desseins ». *A contrario*, Dražan Dukić soutient que la « justice transitionnelle » est un concept³⁹⁵. Selon lui, la justice transitionnelle fusionne les notions de transition et de la justice. Le premier aspect est généralement considéré dans les sociétés en transition vers une forme plus légitime de gouvernance et/ou de paix dans le sillage de régimes répressifs. Toutefois, d'après lui, le contexte de transition de la société peut varier considérablement, par exemple, les crimes peuvent avoir cessé longtemps avant que la transition ne s'effectue (Espagne), ils peuvent être commis jusqu'à la transition (Timor Leste) ou encore continuer pendant la transition (Ouganda). D'autre part, comme la justice transitionnelle reste consciente des obstacles potentiels dans de telles circonstances, elle recherche la justice dans une approche holistique, au lieu de compter uniquement sur la forme classique de la justice rétributive³⁹⁶. Quant à Ruti G. Teitel, il semble appréhender l'expression en tant que concept bien qu'elle y préfère le qualificatif plus large de « conception » de la justice en période de transition politique³⁹⁷. Pour elle, cette conception est à la fois extraordinaire et constructiviste: elle est alternativement constituée par, et constitutive

³⁹³ Art 13(b) du Statut de Rome sur la C.P.I., *supra* note 46.

³⁹⁴ Sandrine Lefranc, « La justice transitionnelle n'est pas un concept », (2008) 1:53 *Mouvements la Découverte* 61, aux pp 61-69.

³⁹⁵ Dražan Dukić, « Transitional justice and the International Criminal Court - in "the Interests of Justice"? », (2007) 89:867 *International Review of the Red Cross* 691, à la p 692.

³⁹⁶ *Ibid* aux pp 692-693.

³⁹⁷ Ruti G. Teitel, *supra* note 63, à la p 7.

de la transition. Aussi, cette justice est-elle contextuelle et partielle, en ce sens qu'elle est toujours contingente et dépendante des injustices du régime passé³⁹⁸.

Dans tous les cas, la justice transitionnelle fait désormais partie intégrante du vocabulaire des Nations Unies. Cette organisation participe d'ailleurs à un certain *mainstreaming* de la notion en encourageant l'institution des C.V.R. dans les États sortant de périodes de violations graves des droits de la personne. Parmi les nombreuses définitions qui ont été proposées pour la justice transitionnelle, il nous semble que le Rapport 2004 du Secrétaire général des Nations Unies au Conseil de sécurité sur le *Rétablissement de l'État de droit et l'administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit* est celui qui tient compte assez complètement de tous les enjeux du phénomène. Il définit en effet, la justice transitionnelle comme étant :

[...] les divers processus et mécanismes mis en œuvre par une société pour tenter de faire face à des exactions massives commises dans le passé, en vue d'établir les responsabilités, de rendre la justice et de permettre la réconciliation. Peuvent figurer au nombre de ces processus des mécanismes tant judiciaires que non judiciaires, avec (le cas échéant) une intervention plus ou moins importante de la communauté internationale, des mesures pénales contre des individus, des indemnisations, des enquêtes visant à établir la vérité, une réforme des institutions, des révocations ou une combinaison de ces mesures³⁹⁹.

Par la suite, selon le rapport de 2012 du Rapporteur spécial des Nations Unies sur la *promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non répétition*, l'expression « justice transitionnelle » est définie comme « l'approche globale en matière de mise en œuvre [...] des droits à la justice, à la vérité, à la

³⁹⁸ *Ibid.*

³⁹⁹ Rapport du Secrétaire général des Nations Unies au Conseil de sécurité sur le *Rétablissement de l'État de droit et l'administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit*, *supra* note 80, au para 8, à la p 7.

réparation et à des garanties de non répétition après des violations flagrantes des droits de l'Homme et de graves violations du droit international humanitaire »⁴⁰⁰.

Pour constituer une réponse efficace aux violations graves du D.I.D.P. et du D.I.H., les Nations Unies exigent que les mécanismes de justice transitionnelle adoptent une approche intégrée des quatre mesures précédemment énumérées⁴⁰¹. Il convient alors d'étudier ces mesures, non seulement pour comprendre leur contenu normatif respectif, mais aussi pour déterminer leur nature juridique. Ceci nous permettra de mieux comprendre la nature des obligations qui pèsent sur les États en contexte de justice transitionnelle.

2.2 La nature juridique des mesures de la justice transitionnelle

Dans son rapport final révisé établi par Louis Joinet en 1997 à la Sous-Commission des droits de l'Homme des Nations Unies⁴⁰², l'auteur établit que tout processus transitionnel en général et l'administration de la justice transitionnelle en particulier, doivent impérativement répondre à trois fortes demandes sociales : le droit de savoir, le droit à la justice et le droit à réparation. Ce premier rapport fut complété par celui de Diane Orentlicher en 2005, constituant une version actualisée des principes du rapport précédent dans le but de la promotion des droits de l'Homme par la lutte contre l'impunité⁴⁰³. Ce rapport formulait le contenu normatif de la justice transitionnelle en quatre droits et obligations corrélatives pour les États: le droit de savoir ; le droit à la justice ; le droit à la réparation et le droit aux garanties de non-renouvellement.

⁴⁰⁰ Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non répétition, *supra* note 346, 2012, à la p 3.

⁴⁰¹ Voir *Ibid* à la p 19, au para 60.

⁴⁰² Rapport de Louis Joinet au Conseil économique et social des Nations Unies sur la *Question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme (civils et politiques)*, rapport final révisé, *supra* note 80, aux pp 5-29.

⁴⁰³ Rapport de l'experte indépendante chargée de mettre à jour l'Ensemble des principes pour la lutte contre l'impunité, Diane Orentlicher, *supra* note 61, à la p 6.

La question se pose de déterminer si ces droits et obligations doivent être entendus comme des « principes en émergence »⁴⁰⁴, ou comme de la « soft law » ou encore, s'ils sont des droits absolus et obligatoires au regard du droit international? Pour répondre à ces questions, il faut d'abord définir le fondement juridique de ces droits. Ces mesures résultent d'une part, de certains instruments juridiques internationaux non contraignants, tels les résolutions de l'A.G.N.U., les précédents judiciaires ou quasi-judiciaires de certaines institutions, la pratique et l'*opinio juris* des États en la matière. Elles proviennent d'autre part, de certaines règles du droit international contraignant. Par exemples, les Conventions de Genève de 1949⁴⁰⁵ établissent clairement l'obligation de punir les violations graves des crimes de guerre qui sont commis dans les conflits internationaux. Ce principe fut par la suite étendu aux conflits n'ayant pas un caractère international⁴⁰⁶. Ces droits sont régulièrement évoqués par les organisations de défense des droits de l'Homme, comme prenant leur source dans les instruments de protection des droits de la personne et entérinés par la pratique des États.

Selon le rapport actualisé de Diane Orentlicher, pour la protection et la promotion des droits de l'Homme, la première règle qui pèse sur les États est l'obligation générale de prendre des mesures efficaces de lutte contre l'impunité. Selon ce principe,

[l']impunité constitue un manquement aux obligations qu'ont les États d'enquêter sur les violations, de prendre des mesures adéquates à l'égard de leurs auteurs, notamment dans le domaine de la justice, pour que ceux dont la responsabilité pénale serait engagée soient poursuivis, jugés et condamnés à des peines appropriées, d'assurer aux victimes des voies de recours efficaces et de veiller à ce qu'elles reçoivent réparation du préjudice subi, de garantir le droit inaliénable à connaître la

⁴⁰⁴ Juan E. Méndez, *supra* note 80, à la p 261.

⁴⁰⁵ Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 12 août 1949 ouvert à signature le 12 août 1949, *supra* note 12. Convention (II) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, 12 août 1949, *supra* note 12. Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 août 1949, *supra* note 12. Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949, *supra* note 12. Voir aussi, Juan E. Méndez, « Accountability for Past Abuses », *supra* note 80, à la p 262.

⁴⁰⁶ Juan E. Méndez, *supra* note 80, à la p 262.

vérité sur les violations et de prendre toutes mesures destinées à éviter le renouvellement de telles violations⁴⁰⁷.

À la lumière de cette définition, on peut déduire que l'obligation générale qui pèse sur les États pour une lutte efficace contre l'impunité des crimes internationaux, est celle de donner effet au droit de savoir, au droit à la justice, au droit à la réparation et au droit à des garanties de non-renouvellement. En outre, Diane Orentlicher s'est prononcé en faveur des poursuites dès son fameux article « Settling accounts » publié en 1991⁴⁰⁸. Même avec les nuances pragmatiques qu'elle a dû introduire à ses arguments, notamment dans les Principes actualisés de 2005 et dans la révision de son article en 2007⁴⁰⁹, on s'aperçoit de l'évolution dans la continuité de sa pensée. Elle met en effet, les quatre couples droits-obligations sous la rubrique de « lutte contre l'impunité », formulation à connotation répressive dans laquelle la justice trouve toute sa place. Quelle est cependant la nature juridique de ces différents droits? Sont-ils contraignants ou non?

Pour déterminer la nature juridique des quatre mesures, nous allons utiliser les règles de formation de la norme de droit international coutumier. L'article 38 du Statut de la C.I.J. définit la coutume comme la « preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant le droit ». Cette définition fait ressortir les deux composantes essentielles à la formation d'une règle coutumière: un élément matériel ou objectif (*consuetudo*), consistant en la répétition prolongée et constante d'un acte externe et un élément psychologique ou subjective (*opinio juris sive necessitatis*), consistant en la croyance au caractère obligatoire de cette pratique⁴¹⁰. Cette double composante de la règle

⁴⁰⁷ Rapport de l'experte indépendante chargée de mettre à jour l'Ensemble de principes pour la lutte contre l'impunité, Diane Orentlicher, *supra* note 61, Principe 1, à la p 7.

⁴⁰⁸ Diane F. Orentlicher, « Settling Accounts: The Duty To Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime », (1991) 100 Yale Law Journal 2537.

⁴⁰⁹ Diane F. Orentlicher, *supra* note 90.

⁴¹⁰ J.-Maurice Arbour et Geneviève Parent, *Droit international public*, Cowansville (Québec), Éditions Yvon Blais, 6^e édition, 2012, à la p 66.

coutumière a été confirmée par la jurisprudence de la C.I.J.⁴¹¹ En effet, dans l'*Affaire du Plateau continental*, la C.I.J. soulignait qu'« [i]l est bien évident que la substance du droit international coutumier doit être recherchée en premier lieu dans la pratique effective et l'*opinio juris* des États »⁴¹². De plus, pour établir une règle de droit international coutumier, la pratique des États doit être *pratiquement uniforme, fréquente et générale*⁴¹³. Pour le professeur Sir Humphrey Waldock, la pratique doit être suffisamment « dense »⁴¹⁴ pour donner naissance à la règle de droit international coutumier.

Il nous faut alors d'une part, examiner la pratique et l'*opinio juris* des États concernant le droit de savoir, le droit à la justice, le droit à la réparation et le droit aux garanties de non renouvellement, pour déterminer la nature de ces normes. Plusieurs possibilités peuvent être envisagées: soit ces mesures relèvent d'un droit international coutumier en émergence, ou elles seraient déjà consacrées des normes de droit international coutumier. D'autre part, ces mesures peuvent appartenir à la catégorie des principes généraux du droit international⁴¹⁵. Dominique Carreau donne cinq sens possibles aux principes généraux du droit international: leur assimilation: 1) au droit international commun ou général ; 2) à une norme fondamentale du droit international ; 3) à une norme générale ; 4) à des règles politico-juridique ; 5) à l'ensemble des principes communs aux grands systèmes de droit contemporains et applicables à l'ordre international.

⁴¹¹ *Affaire du Lotus*, (France c. Turquie), Cour permanente de justice internationale (C.P.J.I.), 7 septembre 1927, ser. A, n° 10, à la p 18. *Affaires du Plateau continental de la Mer du Nord* (République fédérale d'Allemagne c. Danemark ; République fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas), arrêt, 20 février 1969, C.I.J., Recueil, 1969, à la p 3. *Affaire du Plateau continental entre la Lybie et Malte*, C.I.J., Recueil, 1985, aux pp 29-30. *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, arrêt, 27 juin 1986, C.I.J., Recueil, aux pp 14, 97 au para 183.

⁴¹² *Affaire du Plateau continental* (Jamahiriya arabe libyenne/Malte), *supra* note 411, pp. 29-30, au para 27.

⁴¹³ *Affaires du Plateau continental de la Mer du Nord*, (République fédérale d'Allemagne c. Danemark ; République fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas), *supra* note 411, à la p 43 au para 74.

⁴¹⁴ Sir Humphrey Waldock, « General Course on Public International Law », (1962) 106 Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye, à la p 44.

⁴¹⁵ Voir les sources formelles du droit international dans le *Statut de la Cour internationale de justice*, 26 juin 1945, R.T. Can. no.7 (entrée en vigueur : 24 octobre 1945), à l'art. 38(1)(b).

S'il est établi que les normes de droit coutumier sont contraignantes⁴¹⁶, il en n'est pas toujours ainsi des principes généraux de droit⁴¹⁷. Ces derniers peuvent aussi être soit du *soft law*, donc du droit non contraignant ou tout simplement ces droits peuvent être des composantes d'autres droits. Nous déterminons la nature de ces mesures l'une après l'autre.

2.2.1 Le droit de savoir

Historiquement, le droit de savoir ou droit à la vérité prend sa source dans le D.I.H. Les Conventions de Genève du 12 août 1949 comprennent déjà plusieurs dispositions qui imposent des obligations aux parties belligérantes d'établir une agence centrale de renseignement sur les combattants disparues⁴¹⁸. En outre, le droit de savoir est évoqué aux articles 32 et 33 du Protocole additionnel I de 1977⁴¹⁹ aux Conventions de Genève de 1949. Ces dispositions se rapportent au droit des familles, dès la fin des hostilités actives, de connaître le sort de leurs membres. Ainsi, « chaque partie au conflit doit rechercher les personnes dont la disparition a été signalée par une Partie adverse. Cette dernière doit communiquer tous les renseignements utiles sur ces personnes, afin de faciliter les recherches »⁴²⁰. Au-delà de ces normes évoquant de façon générale le droit de savoir, une définition du contenu précis de ce droit reste

⁴¹⁶ Voir *Affaire du Lotus*, (France c. Turquie), Cour permanente de justice internationale (C.P.J.I.), *supra* note 411, à la p 18. *Affaires du Plateau continental de la Mer du Nord* (République fédérale d'Allemagne c. Danemark ; République fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas), *supra* note 411, à la p 3. *Affaire du Plateau continental entre la Lybie et Malte*, *supra* note 411, aux pp 29-30. *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), *supra* note 411, aux pp 14, 97 au para 183.

⁴¹⁷ Voir Dominique Carreau, *supra* note 297, aux pp 268-269.

⁴¹⁸ Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, *supra* note 12, à l'art. 136 et s. Convention (II) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, *supra* note 12, à l'art. 19. Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, *supra* note 12, aux arts. 122 et s. Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, *supra* note 12, aux arts. 16 et 17.

⁴¹⁹ Protocole additionnel I aux Conventions de Genève du 12 août 1949, 1125 UNTS 3 du 8 juin 1977, (entrée en vigueur le 7 décembre 1979).

⁴²⁰ *Ibid.* Art. 33(1).

incertaine⁴²¹. Une tentative de définition se trouve dans le rapport de 2006 du Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme sur la *Promotion et Protection des droits de l'Homme*. Ce rapport définit le droit à la vérité comme « (...) la vérité absolue et complète, quant aux événements qui ont eu lieu, aux circonstances spécifiques qui les ont entourés, et aux individus qui y ont participé, y compris les circonstances dans lesquelles les violations ont été commises et les raisons qui les ont motivés »⁴²². Quant au contenu de ce droit, il se rapporterait au droit de demander et d'obtenir des renseignements sur les causes de la victimisation de la personne concernée, les motifs et les modalités des violations flagrantes du droit international relatif aux droits de l'Homme, et des violations graves du droit international humanitaire, les progrès et résultats de l'enquête, les circonstances et les raisons de la commission de crimes au regard du droit international et les violations flagrantes des droits de l'Homme, les circonstances qui ont entouré les violations et, en cas de décès, de disparition ou de disparition forcée, le sort des victimes et l'endroit où elles se trouvent ainsi que l'identité des auteurs⁴²³. À ces définitions, on pourrait ajouter qu'en D.I.D.P., le droit à la vérité vise à connaître *la vérité* sur la violation des droits de la personne d'une victime donnée. Au niveau de la justice pénale, il s'agit de *la vérité nécessaire* pour justifier une réponse répressive. En droit international de la responsabilité étatique, le droit à la vérité pourrait se ramener à la *vérité nécessaire* pour établir l'imputabilité de la violation à l'État pour justifier la mise en oeuvre du droit à la réparation.

Malgré ces tentatives de définition, des questions demeurent. Les contours du droit à la vérité sont-ils assez clairs? Ce droit fait-il l'objet d'une pratique générale et reconnue comme pouvant donner lieu à une norme coutumière? Pour y répondre,

⁴²¹ Yasmin Naqvi, « The Right to Know in International Law: Fact or Fiction? », (2006) 88:862 *International Review of the Red Cross* 245, à la p 255.

⁴²² Rapport de 2006 du Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme sur la *Promotion et Protection des droits de l'Homme: Étude sur le droit à la vérité*, E/CN.4/2006/91 du 8 février 2006, à la p 15, au para 59.

⁴²³ *Ibid* à la p 11, au para 38.

examinons la pratique des États en la matière. Dans ce même sens, le professeur Theodore Meron souligne que « initial inquiry [into a customary human right] must aim at the determination whether, at a minimum, the définition of the core norm claiming customary law status and preferably the contours of the norms have been widely accepted »⁴²⁴. Le droit à la vérité est reconnu par des instances internationales, par plusieurs tribunaux tant internationaux que nationaux et par des instruments nationaux, notamment les C.V.R et certaines législations nationales. À la suite des violations massives des droits de la personne survenues dans plusieurs pays de l'Amérique latine et dans d'autres parties du monde, une interprétation plus large de la notion de droit de savoir la vérité sur les personnes disparues en D.I.H., s'est très vite répandue⁴²⁵. Selon le Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, le droit de connaître la vérité sur le sort des victimes de disparition forcée s'applique tant aux situations de conflit armé international qu'aux situations de conflit armé interne⁴²⁶.

Le droit de savoir est reconnu par plusieurs organisations nationales et internationales de défense des droits de la personne. En particulier, le Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires (ci-après: G.T.D.F.I.) et la Commission interaméricaine des droits de l'Homme (ci-après: C.I.D.H.), ont élaboré une théorie importante sur ce droit⁴²⁷. Ces organes ont situé la source juridique de ce droit dans les articles 32 et 33 du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève du 12 août 1949, bien que la plupart des crises en Amérique latine ne puissent pas être qualifiées de conflit armé. Aussi, nonobstant qu'à l'origine ce droit n'ait été mentionné que dans le contexte des disparitions forcées, il sera progressivement étendu à d'autres violations graves des droits de la personne, telles que les exécutions extrajudiciaires

⁴²⁴ Theodor Meron, *supra* note 285, à la p 93.

⁴²⁵ Yasmin Naqvi, *supra* note 421, à la p 249.

⁴²⁶ Résolution II the XXIV International Conference of the Red Cross and Red Crescent (Manila 1981).

⁴²⁷ Voir, First report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances, E/CN.4/1435, au para 187. Annual reports of the Inter-American Commission on Human Rights (ci-après: I.A.C.H.R.), 1985-1986, OEA/Ser.L/V/II.68, Doc. 8, rev. 1, à la p 205.

et la torture⁴²⁸. De plus, depuis 1974, l'A.G.N.U. a abordé des questions liées au droit à la vérité dans de nombreuses résolutions relatives aux personnes disparues ou victimes de disparition forcée⁴²⁹. Ces résolutions qui considèrent le « désir de savoir » en tant que « besoin humain fondamental » sont à l'origine de l'article 32 du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève du 12 août 1949, qui codifie le droit des familles de connaître le sort de leurs membres⁴³⁰. En outre, des conférences intergouvernementales, telles que la Conférence mondiale contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée, ont fait des déclarations attestant l'importance d'enseigner les faits et la vérité de l'histoire, afin que les tragédies du passé soient connues de manière complète et objective⁴³¹. Par ailleurs, le droit de savoir la vérité est expressément reconnu à l'article 24 de la Convention de 2006 sur les disparitions forcées⁴³², qui dispose que: [...]

2. Toute victime a le droit de savoir la vérité sur les circonstances de la disparition forcée, le déroulement et les résultats de l'enquête et le sort de la personne disparue. Tout État partie prend les mesures appropriées à cet égard.

3. Tout État partie prend toutes les mesures appropriées pour la recherche, la localisation et la libération des personnes disparues et, en cas de décès, pour la localisation, le respect et la restitution de leurs restes [...].

Notons ici que le droit à la vérité se distingue du droit à l'information, en particulier du droit pour les familles d'obtenir auprès des autorités, des informations relatives à l'état de santé, le lieu de détention, le transfert vers un autre lieu etc., prévus aux articles 18, 19 et 20 de la Convention.

⁴²⁸ I.A.C.H.R., Report No. 136/99, Case 10.488 Ignacio Ellacuría et al., au para 221.

⁴²⁹ Résolutions de l'A.G.N.U. 3220 (XXIX) du 8 novembre 1974 ; Résolutions de l'A.G.N.U. sur les personnes disparues, A/RES/33/173 du 20 décembre 1978 ; Résolutions de l'A.G.N.U. sur les disparitions forcées ou involontaires A/RES/45/165 du 18 décembre 1990 et Résolutions de l'A.G.N.U. sur les disparitions forcées ou involontaires, A/RES/47/132 du 18 décembre 1992.

⁴³⁰ International Committee of the Red Cross commentary on article 32 of Protocol I of the Geneva Convention, du 12 août 1949, octobre 1973, au para 1211.

⁴³¹ Voir, A/CONF.189/12 (2001), au para 98.

⁴³² *Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées*, RTNU I-48088, du 20 décembre 2006 (entrée en vigueur le 23 décembre 2010).

Le droit à la vérité est également reconnu au niveau régional. En effet, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a adopté toute une série de recommandation concernant le droit des familles à connaître la vérité au sujet du sort de parents disparus⁴³³. En outre, l'Assemblée générale de l'Organisation des États américains (ci-après: O.E.A.), a demandé dans plusieurs résolutions, sans toutefois employer l'expression « droit à la vérité », d'informer les familles des victimes de disparition forcée du sort réservé à leur proche⁴³⁴. La C.I.D.H. reconnaît depuis longtemps le droit à la vérité, de manière plus générale pour les victimes de violations des droits de l'Homme et leurs proches, et de manière plus spécifique en ce qui concerne les disparitions forcées⁴³⁵. La Cour européenne des Droits de l'Homme (ci-après: C.E.D.H.) a reconnu le droit à la vérité, sans pourtant l'utiliser *expressis verbis*. Elle a déduit ce droit en tant qu'élément du droit de ne pas être soumis à la torture ni à des mauvais traitements, du droit à un recours utile et du droit à une enquête efficace et à être informé des résultats⁴³⁶. Dans la même veine, la Cour a souligné que l'absence d'enquête efficace de la part d'un État « en vue de faire la lumière sur le sort » de « personnes qui ont disparu dans des circonstances mettant leur vie en danger » constituait une violation continue de son obligation procédurale de protéger le droit à la vie (Article 2 de la Convention européenne des droits de l'Homme)⁴³⁷. La Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples (ci-après: C.A.D.H.P.) a adopté une démarche similaire à celle de la C.E.D.H.⁴³⁸. Dans ses principes et

⁴³³ Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, Res. 1056 (1987) ; Res. 1414 (2004) au para 3 et Res. 1463 (2005) au para 10(2).

⁴³⁴ AG/RES. 666 (XIII-0/83), du 18 Novembre 1983 au para 5. AG/RES. 742 (XIV-0/84) du 17 novembre 1984, au para 5.

⁴³⁵ Rapport annuel de la C.I.D.H., 1985-1986, OEA/Ser.L/V/II.68, Doc. 8 rev 1, du 28 septembre 1986, à la p 205 ; Rapport annuel de la C.I.D.H., 1987-1988, OEA/Ser.L/V/II. 74, Doc. 10 rev 1, du 16 septembre 1988, à la p 359. C.I.D.H., jugement du 29 juillet 1988, Cas de *Velásquez Rodríguez*, au para 181. Rapport de la C.I.D.H. No. 136/99, *Igancio Ellacuría et al c. El Salvador*, au para 221.

⁴³⁶ C.E.D.H., jugement du 14 novembre 2000, *Tas c. Turquie*, Application No. 24396/94 ; C.E.D.H., jugement du 10 mai 2001, *Chypre c. Turquie*, Application N°. 25781/94.

⁴³⁷ C.E.D.H., jugement du 10 mai 2001, *Chypre c. Turquie*, Application N°. 25781/94, au para 136.

⁴³⁸ *Amnesty International c. Soudan*, Communications N°. 48/90, 50/91, 52/91, 89/93 (1999), au para 54. Voir l'art. 19(3) de la Charte africaine sur les droits du bien-être de l'enfant.

directives concernant le droit à un procès équitable et à une assistance judiciaire en Afrique⁴³⁹, la Commission a déduit que le droit à la vérité fait partie intégrante du droit à un recours utile⁴⁴⁰.

Les principes actualisés du rapport de Diane Orentlicher soutiennent aussi que:

Chaque peuple a le droit inaliénable de connaître la vérité sur les événements passés relatifs à la perpétration de crimes odieux, ainsi que sur les circonstances et les raisons qui ont conduit, par la violation massive ou systématique des droits de l'homme, à la perpétration de ces crimes. L'exercice plein et effectif du droit à la vérité constitue une protection essentielle contre le renouvellement des violations⁴⁴¹.

Par la mention du « droit des peuples », Diane Orentlicher fait sans doute allusion à un droit collectif mettant l'accent sur l'obligation des États plutôt que seulement sur le droit de chaque victime pris individuellement. Cela veut dire que le droit à la vérité est un droit non seulement individuel, mais aussi collectif. Pour donner effet à ce droit, il incombe à l'État de « conserver les archives et autres éléments de preuve se rapportant aux violations des droits de l'Homme et du droit humanitaire et de contribuer à faire connaître ces violations »⁴⁴². Le rapport renchérit en soutenant que:

[I]a connaissance par un peuple de l'histoire de son oppression appartient à son patrimoine, et comme telle, doit être préservée par des mesures appropriées au nom du devoir de mémoire qui incombe à l'État. Ces mesures ont pour but de préserver de l'oubli la mémoire collective notamment pour se prémunir contre le développement de thèses révisionnistes et négationnistes⁴⁴³.

En outre, précise-t-il qu'

[i]ndépendamment de toute action en justice, les victimes, ainsi que leur famille et leur proches, ont le droit imprescriptible de connaître la vérité sur les circonstances

⁴³⁹ Union africaine, Commission africaine des droits de l'Homme et des Peuples, DOC/OS (XXX) 247.

⁴⁴⁰ Principe C stipule que « le droit à un recours utile inclut [...] 3. l'accès à des informations factuelles concernant les violations ».

⁴⁴¹ *Rapport de l'experte indépendante chargé de mettre à jour l'Ensemble des principes pour la lutte contre l'impunité*, Diane Orentlicher, supra note 61, Principe 2.

⁴⁴² *Ibid* au Principe 3.

⁴⁴³ Rapport de Louis Joinet au Conseil économique et social des Nations Unies sur la *Question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme (civils et politiques)*, rapport final révisé, supra note 80, Principe 2.

dans lesquelles ont été commises les violations et, en cas de décès ou de disparition, sur le sort qui a été réservé à la victime⁴⁴⁴.

Le rapport énonce également des garanties destinées à rendre effectif le droit de savoir. Ainsi, il appartient aux États de prendre les mesures appropriées, y compris les mesures destinées à assurer l'indépendance et le fonctionnement efficace de la justice, pour rendre effectif le droit de savoir⁴⁴⁵. Des procédures non judiciaires peuvent être menées en complément de l'action des autorités judiciaires. Par exemple, une commission de vérité ou une commission d'enquête peut être créée pour établir les circonstances entourant les violations afin de faire jaillir la vérité et d'empêcher la disparition d'éléments de preuve⁴⁴⁶. Concernant les C.V.R., le rapport avance que leur composition devrait faire l'objet de larges consultations publiques pour chercher tout spécialement à connaître l'opinion des victimes et des rescapés. Ces commissions doivent mener des enquêtes en s'attachant notamment à faire prendre conscience de pans de la vérité qui étaient niés auparavant⁴⁴⁷. Pour la réussite de leur travail, le rapport préconise des garanties d'indépendance, d'impartialité et de compétence⁴⁴⁸. En outre, il propose la délimitation de leur mandat pour éviter des conflits de compétence avec la justice tant civile ou administrative que pénale⁴⁴⁹. Les C.V.R. doivent aussi octroyer aux personnes mises en cause, des garanties portant sur la non publication de l'état de leur identité et la possibilité de faire valoir leur version des faits lors d'une déposition⁴⁵⁰. D'autres mesures doivent être mises en œuvre telles que celles portant sur la sécurité, le bien-être physique et psychologique et, le cas échéant, le respect de la vie privée des victimes et des témoins qui déposent devant les commissions⁴⁵¹. Celles-ci doivent disposer de ressources adéquates pour fonctionner en toute

⁴⁴⁴ *Ibid* au Principe 4.

⁴⁴⁵ Rapport de l'expertise indépendante chargé de mettre à jour *l'Ensemble des principes pour la lutte contre l'impunité*, Diane Orentlicher, supra note 61 à la p 7, au Principe 5.

⁴⁴⁶ *Ibid*.

⁴⁴⁷ *Ibid* à la p 8, au Principe 6.

⁴⁴⁸ *Ibid* au Principe 7.

⁴⁴⁹ *Ibid* aux pp 8-9, au Principe 8.

⁴⁵⁰ *Ibid* aux pp 9-10, au Principe 9.

⁴⁵¹ *Ibid* à la p 10, au Principe 10.

indépendance⁴⁵². Leurs mandats doivent comprendre des dispositions les invitant à inclure dans leur rapport final des recommandations relatives aux mesures, d'ordre législatif notamment, qu'il conviendrait de prendre pour lutter contre l'impunité⁴⁵³. Pour éviter les pressions sur les témoins et les membres des commissions, les mandats de ces dernières peuvent prévoir que certains volets de l'enquête soient soumis à la confidentialité. En revanche, le rapport final des commissions doit être intégralement rendu public et faire l'objet de la diffusion la plus large⁴⁵⁴. Finalement le rapport de Diane Orentlicher précise que le droit de savoir implique que soient préservées les archives⁴⁵⁵. Aussi, des mesures doivent être prises pour faciliter l'accès aux archives⁴⁵⁶ et une coopération doit être établie entre les services d'archives et les tribunaux et commissions non judiciaires d'enquête⁴⁵⁷. Des mesures spécifiques doivent mises en place concernant les archives à caractère nominatif⁴⁵⁸ et concernant les processus de rétablissement de la démocratie et/ou de la paix ou de la transition. Pour ce faire, les pays tiers se doivent de coopérer en vue de la communication ou de la restitution des archives aux fins d'établissement de la vérité⁴⁵⁹.

Par ailleurs, les C.V.R. sont de loin les mécanismes qui ont permis un développement substantiel du droit à la vérité. À plusieurs reprises, le Conseil de sécurité et l'A.G.N.U. ont tous deux souligné que l'établissement de la vérité sur les crimes contre l'humanité, aux génocides, les crimes de guerre et les violations flagrantes des droits de la personne était nécessaire à la consolidation de la paix et faisait partie du processus de réconciliation⁴⁶⁰. Depuis ces dernières décennies, les instruments

⁴⁵² *Ibid* au Principe 11.

⁴⁵³ *Ibid* au Principe 12.

⁴⁵⁴ *Ibid* à la p 11, au Principe 13.

⁴⁵⁵ *Ibid* au Principes 14.

⁴⁵⁶ *Ibid* au Principe 15.

⁴⁵⁷ *Ibid* au Principe 16.

⁴⁵⁸ *Ibid* à la p 12, au Principe 17.

⁴⁵⁹ *Ibid* au Principe 18.

⁴⁶⁰ Résolutions de l'A.G.N.U. 55/118 ; 57/105 et 57/161. Résolutions du Conseil de Sécurité 1468 (2003), 1470 (2003) et 1606 (2005).

juridiques instituant les C.V.R. ont été présentés comme une base légale du droit à la vérité en le consacrant droit à la fois individuelle et collectif⁴⁶¹. Ces C.V.R. se fondent sur le besoin qu'ont les victimes, leurs proches et l'ensemble de la société de connaître la vérité au sujet de ce qui s'est passé, de faciliter le processus de réconciliation, de contribuer au combat contre l'impunité et de réinstaller ou renforcer la démocratie et l'État de droit⁴⁶². Dans le cas de crimes de génocide, les C.V.R. apparaissent comme des mécanismes qui autorisent la rencontre entre bourreaux et victimes. Cela permet aux victimes de connaître à titre individuel ce qui s'est réellement passé. Aussi, étant donné que le crime de génocide est un crime qui affecte une communauté dans sa globalité, les C.V.R. se présentent comme des dispositifs de dialogue qui favorisent la guérison de toute la communauté⁴⁶³. De plus, le Secrétaire général des Nations Unies a également indiqué que dans les processus de paix, le droit à la vérité, à la justice et aux réparations devait être pleinement respecté⁴⁶⁴. Il a, à ce titre, souligné l'importance de la vérité dans les contextes de justice transitionnelle⁴⁶⁵.

À n'en point douter, le droit à la vérité fait l'objet d'une pratique générale et dense de la part des États et des instances internationales. Mais peut-on affirmer qu'il est accompagné de l'*opinio juris* nécessaire pour constituer une norme de droit international coutumier?

En examinant de plus près la pratique des États, on constate que la reconnaissance juridique de ce droit n'est pas toujours absolue. Le droit à la vérité est un droit qui

⁴⁶¹ Voir, Mexico City Agreements, Agreement No. IV "Truth Commission", United Nations, DPI/1208-92615-July 1992-7M ; Overview of the Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission report - Report of the truth commission, october 2004, au para 27.

⁴⁶² Consulter par exemple, l'Accord de paix entre le gouvernement de la Sierra Leone et le Front Révolutionnaire Uni de la Sierra Leone (art. XXVI) ainsi que le Décret suprême N°. 355 du 25 avril 1990, établissant la Commission de vérité et de réconciliation.

⁴⁶³ Martha Minow, *supra* note 353, aux pp 61-70.

⁴⁶⁴ Article de presse, SG/SM/9400 du 1 juillet 2004.

⁴⁶⁵ *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*, S/2004/16.

comporte certes un "noyau dur" indérogeable, mais il contient aussi d'autres aspects qui, eux peuvent souffrir d'exception selon la situation. Dans le cas des disparitions forcées par exemple, le droit des familles de connaître le sort qui a été réservé à la personne disparue, c'est-à-dire si elle est vivante ou morte et le lieu où elle se trouve, serait un droit non dérogeable⁴⁶⁶. Ce droit fait partie du "noyau dur" du droit à la vérité. Quant aux aspects dérogeables du droit, le G.T.D.F.I. a souligné que les limites au droit à la vérité sur les personnes disparues doivent être strictement proportionnées au seul but légitime, qui est par exemple d'éviter de compromettre une instruction en cours⁴⁶⁷. De plus, il apparaît soutenable que des restrictions puissent être aussi admises si elles sont exigées par le contexte. Toutefois, ces limitations ne peuvent être imposées. Elles doivent être consenties par tous dans le cadre d'un processus démocratique qui réalise un équilibre entre l'exigence de la vérité et les nécessités liées à la transition vers une société pacifiée⁴⁶⁸. C'est le cas au Maroc où certaines vérités ont été occultées sur la base d'un consensus populaire⁴⁶⁹. C'est le cas aussi probablement du Mozambique où selon Priscilla Hayner la population ne voulait pas connaître la vérité et ce, pour plusieurs raisons, ce qui a amené l'auteure à critiquer l'idée d'un droit universel à la vérité⁴⁷⁰.

En conclusion, on peut soutenir que le droit à la vérité se fonde sur une certaine pratique sans doute significative des États, des instances judiciaires nationales et internationales. Il semble en être également ainsi quant à l'uniformité de cette pratique. En effet, même si le droit à la vérité connaît parfois des limites, celles-ci ne

⁴⁶⁶G.T.D.F.I., Compilation d'Observations générales sur la Déclaration des Nations unies, *Observation générale sur le droit à la vérité dans le contexte des disparitions forcées*, à la p 31, para 4, accessible à http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disappearances/GeneralCommentsDisappearances_fr.pdf, Consulté le 7 août 2013.

⁴⁶⁷*Ibid* au para 3.

⁴⁶⁸Intervention d'Olivier de Frouville membre du G.T.D.F.I., Treizième session du Conseil des droits de l'Homme Panel sur le droit à la vérité, en ligne:

http://www.frouville.org/Publications_files/INTERV-DROITVERITE-DEF.pdf, Consulté le 6 août 2013.

⁴⁶⁹*Ibid*.

⁴⁷⁰Priscilla B. Hayner, « International Guidelines for the Creation and Operation of Truth Commission: A Preliminary Proposal » (1996) 59 *Law & Contemporary Problems* 173, aux pp 176-178.

sont pas toujours acceptées par les États. Lorsqu'ils admettent les restrictions, les États les considèrent généralement de façon exceptionnelle et non comme la manifestation d'une nouvelle règle. De ce point de vue, on peut estimer qu'il existe une pratique assez dense du droit à la vérité. D'un autre côté, un examen de l'*opinio juris* en la matière, montre que cette reconnaissance juridique n'est pas toujours établie. En témoignent les exemples du Maroc et du Mozambique. Ceci nous pousse à avancer que certains aspects du droit à la vérité pourraient être considérés comme relevant du droit coutumier. Par exemples, les aspects qui touchent le « noyau dur » tel que précisé plus haut dans le cas des disparitions forcées. Quant aux autres aspects, ils ne sont pas encore coutumiers. Ils entreraient tout au plus dans la catégorie des normes de droit coutumier en émergence dont les contours seraient définiront plus précisément avec le temps. Par ailleurs, le droit à la vérité, dans sa manifestation individuelle est dans certains cas, tributaire du droit reconnu en D.I.D.P. à un recours effectif d'accès à la justice. Il serait donc une composante de ce droit dont il convient de déterminer la nature juridique?

2.2.2 Le droit à la justice

Le droit à la justice est une règle fondamentale en droit international des droits de la personne. C'est un droit qui contient plusieurs variantes. Il peut s'agir en effet, du droit de l'accusé à un procès équitable, ou du droit des victimes à ce que leurs bourreaux fassent l'objet d'enquêtes, de poursuites, de condamnations et de peines éventuelles appropriées par le biais de l'obligation des États de réprimer certains crimes. Pour prendre en compte ces différentes composantes, le droit à la justice est reconnu à l'article 14 du P.I.D.C.P.⁴⁷¹, à l'article 6 de la *Convention européenne des droits de l'Homme*⁴⁷², à l'article XVIII de la *Déclaration des droits et devoirs de l'Homme*, à l'article 8 et à l'article 25 de la *Convention américaine relative aux droits*

⁴⁷¹ P.I.D.C.P., *supra* note 239.

⁴⁷² *Convention européenne des droits de l'Homme*, *supra* note 339.

de l'Homme⁴⁷³, à l'article 7 de la *Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples*⁴⁷⁴ et à l'article 17 et 20 du Statut de Rome sur la C.P.I.⁴⁷⁵.

Les sources premières du droit à la justice peuvent se trouver dans la disposition selon laquelle « [t]oute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement par un tribunal indépendant et impartial »⁴⁷⁶. Malgré la clarté relative de cette règle et la reconnaissance du droit à la justice dans plusieurs dispositions conventionnelles, la question se pose de savoir si ce droit atteint le statut d'une norme coutumière. Pour y répondre, il importe d'examiner la pratique et l'*opinio juris* des États. Par l'*Observation générale n° 32*, le Comité des droits de l'Homme apporte des éclaircissements quant au contenu de l'Article 14 du P.I.D.C.P.⁴⁷⁷. Nous choisissons d'évoquer les principaux éléments qui touchent le droit à la justice. D'abord pour l'*Observation générale*, une accusation de nature pénale se rapporte en principe à des actes qui sont réprimés par la loi pénale interne. Mais, cette notion d'« une accusation de nature pénale » peut également être étendue à des mesures de nature pénale s'agissant de sanction qui, indépendamment de leur qualification en droit interne, doivent être considérées comme pénales en raison de leur finalité, de leur caractère ou de leur sévérité⁴⁷⁸. En outre, pour le Comité, le droit d'accéder à la justice ne s'applique pas lorsque la loi interne ne reconnaît aucun droit à l'intéressé. Par exemple, le droit de voir sa condamnation à mort commuée en une condamnation à la prison à vie⁴⁷⁹. On peut toutefois soutenir que cela suppose que cette non reconnaissance ne soit pas contraire aux obligations de l'État au regard du D.I.D.P. Dans le cas contraire, celle-ci serait une violation de ses obligations internationales et engagerait sa responsabilité internationale. Par ailleurs, selon le Comité, le terme «

⁴⁷³ *Convention américaine relative aux droits de l'Homme*, *supra* note 339.

⁴⁷⁴ *Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples*, *supra* note 339.

⁴⁷⁵ Statut de Rome sur la C.P.I., *supra*, note 46.

⁴⁷⁶ Art. 14 du PIDCP, *supra* note 239.

⁴⁷⁷ P.I.D.C.P., *Observation générale n° 32*, CCPR/C/GC/32 du 23 août 2007.

⁴⁷⁸ Voir Communication n° 1015/2001, *Perterer c. Autriche*, au para 9.2.

⁴⁷⁹ Communication n° 837/1998, *Kennedy c. Trinité-et-Tobago*, au para 7.4.

tribunal » désigne un organe, qu'elle que soit sa dénomination, qui est établi par la loi, qui est indépendant du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif ou, dans une affaire donnée, qui statue en toute indépendance sur les questions juridiques dans le cadre de procédures à caractère judiciaire⁴⁸⁰. De plus, le Comité garantit l'accès à un tribunal à toute personne qui fait l'objet d'une accusation pénale. Ce droit ne doit souffrir d'aucune restriction et toute condamnation pénale prononcée par un organe autre qu'un tribunal est incompatible avec l'article 14 du P.D.C.P.⁴⁸¹. Le Comité ajoute que l'article 14 est aussi pertinent quand l'État, dans son ordre juridique, reconnaît les tribunaux de droit coutumier ou les tribunaux religieux et leur confie des fonctions judiciaires⁴⁸². Le Comité souligne cependant que l'État doit veiller à ce que ces tribunaux ne puissent rendre de jugements exécutoires reconnus, à moins qu'il ne soit satisfait aux conditions suivantes: les procédures de ces tribunaux doivent être limitées à des questions de caractère civil et à des affaires pénales d'importance mineure. Ils doivent être conformes aux règles fondamentales d'un procès équitable et aux garanties pertinentes du Pacte, les jugements de ces tribunaux doivent être validés par des tribunaux d'État à la lumière des garanties énoncées dans le Pacte et doivent pouvoir être attaqués par les parties intéressées selon une procédure répondant aux exigences de l'article 14 du Pacte⁴⁸³. Peut-on alors soutenir que les tribunaux de justice dite traditionnelle garantissent le droit à la justice? ou peut-on considérer que les systèmes de recherche de la vérité, de réparation et de réconciliation au niveau local ou les systèmes de justice traditionnelle comme le *mato oput* ougandais ou l'*unbutu* sud-africain, peuvent être envisagés dans certains contextes, comme une forme de justice pouvant justifier l'abandon des poursuites au sens pénal? À en croire certains auteurs, cela est possible et trouve même son fondement dans la notion des « intérêts de la justice » définie dans le Statut de Rome sur la C.P.I., en son article 53.

⁴⁸⁰ Communication n° 263/1987, *González del Río c. Pérou*, au para 5.2.

⁴⁸¹ P.I.D.C.P., *Observation générale n° 32*, CCPR/C/GC/32 du 23 août 2007, à la p 6 au para 18.

⁴⁸² *Ibid* à la p 9 au para 24.

⁴⁸³ *Ibid*.

L'enjeu ici est que si en raison des « intérêts de la justice », le Procureur pourrait prendre en compte les formes traditionnelles de la justice, et ne pas poursuivre certains crimes, cela pourrait mettre en péril le droit fondamental des victimes à la justice. C'est pourquoi, il nous semble important d'exposer la lecture que le Bureau du Procureur fait de cette notion. Cela pourrait aussi nous renseigner si le droit à la justice porte exclusivement sur le droit d'accès à la justice dans sa forme pénale ou s'il intègre d'autres formes de justice dites traditionnelles. Selon l'article 53 du Statut de la C.P.I.:

1. Le Procureur, après avoir évalué les renseignements portés à sa connaissance, ouvre une enquête, à moins qu'il ne conclue qu'il n'y a pas de base raisonnable pour poursuivre en vertu du présent Statut. Pour prendre sa décision, le Procureur examine : (...)

c) S'il y a des raisons sérieuses de penser, compte tenu de la gravité du crime et des intérêts des victimes, qu'une enquête ne servirait pas les *intérêts de la justice*. (Nous soulignons) (...)

2. Si, après enquête, le Procureur conclut qu'il n'y a pas de base suffisante pour engager des poursuites : (...)

c) Parce que poursuivre ne servirait pas les *intérêts de la justice*, compte tenu de toutes les circonstances, y compris la gravité du crime, les intérêts des victimes, l'âge ou le handicap de l'auteur présumé et son rôle dans le crime allégué ; il ou elle informe de sa conclusion et des raisons qui l'ont motivée la Chambre préliminaire et l'État qui lui a déferé la situation conformément à l'article 14, ou le Conseil de sécurité s'il s'agit d'une situation visée à l'article 13, paragraphe b)⁴⁸⁴. (Nous soulignons)

On retrouve aussi la notion des « intérêts de la justice » dans les articles 55(2)(c), 65(4) et 67(1)(d) du Statut, ainsi que dans les Règles et procédures de preuve, notamment aux articles 69, 73, 82, 100, 136 et 185. Cependant, cette notion n'est jamais définie. Plusieurs auteurs et organisations de défense des droits de la personne ont alors proposé une interprétation de la notion. Ainsi, pour Darryl Robinson, cette notion a été considérée par certains comme une cadre assez large pouvant englober les C.V.R. et constituer un fondement juridique de ces mécanismes en période de

⁴⁸⁴ Art. 53 du Statut de Rome sur la C.P.I., *supra* note 46.

transition⁴⁸⁵. Quant à Carten Stahn, il souligne que la notion des « intérêts de la justice » a été trop étendue pour inclure les mécanismes de justice transitionnelle, tout en considérant que l'expression pourrait avoir un contenu assez large⁴⁸⁶. Pour Jessica Gavron, l'article 53 du Statut pourrait bien s'accommoder à de larges considérations sur les événements du futur, mais malheureusement l'argument de la dissuasion de la C.P.I. pourrait se voir retourner sur sa propre tête⁴⁸⁷.

Si les auteurs précédents ont des positions allant probablement dans le sens d'une prise en compte des mécanismes de justice transitionnelle dans le contenu de la notion des « intérêts de la justice », d'autres par contre, à savoir certaines organisations de défense des droits de la personne, ont plutôt une position beaucoup plus réservée sur le sujet. Ainsi, pour *Amnesty international* (A.I.), en l'absence d'une justification convaincante et en gardant à l'esprit le préambule du Statut de Rome, les « intérêts de la justice » sont toujours servis lorsque les crimes tombant sous la juridiction de la Cour sont poursuivis⁴⁸⁸. Dans le même sens, *Human Rights Watch* (H.R.W.) soutient que seule une lecture étroite est conforme avec l'objet et le but du Statut de Rome⁴⁸⁹.

Devant une telle divergence d'opinions sur le contenu de la notion des « intérêts de la justice », le Bureau du Procureur de la C.P.I. a émis un document d'orientation sur la question⁴⁹⁰. Il importe d'examiner son contenu.

⁴⁸⁵ Darryl Robinson, *supra* note 91, à la p 488.

⁴⁸⁶ Carten Stahn, « Complementarity, amnesties and alternative forms of justice: some interpretative guidelines for the International Criminal Court », (2005) 3 *Journal of International Criminal Justice* 695, aux pp 697-698.

⁴⁸⁷ Jessica Gavron, « Amnesties in light of developments in international law and the establishment of the International Criminal Court », (2002) 51 *International and Comparative Law Quarterly* 91, à la p 110.

⁴⁸⁸ Christopher Hall, « Suggestions concerning International Criminal Court prosecutorial policy and strategy and external relations », Contribution to an Expert Consultation Process on General Issues Relevant to the ICC Office of the Prosecutor, 28 March 2003, à la p 28. En ligne: <http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/hall.pdf>. Consulté le 5 juin 2013.

⁴⁸⁹ Human Rights Watch, « Policy paper: the meaning of "the interests of justice" in Article 53 of the Rome Statute », juin 2005, pp. 4-6. En ligne: <http://hrw.org/campaigns/icc/docs/ij070505.pdf>. Consulté le 6 juin 2013.

⁴⁹⁰ C.P.I., Bureau du Procureur, Policy Paper, *supra* note 87.

Pour le Bureau du Procureur, en prenant en considération le sens ordinaire de l'article 53, ainsi que l'objet et le but du Statut de Rome, il est clair que seulement des circonstances exceptionnelles pourraient l'amener à conclure qu'une enquête ou des poursuites ne serviraient pas les « intérêts de la justice »⁴⁹¹. Aussi, souligne-t-il que la tendance actuelle est qu'il pèse sur les États une obligation de poursuivre les crimes internationaux commis sous leur juridiction⁴⁹². Cette obligation est réaffirmée par la Commission des droits de l'Homme des Nations Unies, par l'adoption des principes actualisés pour la protection et la promotion des droits de l'Homme⁴⁹³. Selon ce raisonnement, on pourrait déduire que la position du Procureur de la C.P.I. est en faveur d'une interprétation stricte de l'article 53. Toutefois, d'autres considérations ne semblent pas totalement exclues puisque le Bureau du Procureur décrit des facteurs qui pourraient bien justifier l'abandon des poursuites, aux motifs qu'elles ne serviraient pas les « intérêts de la justice ».

Parmi ces facteurs, se trouvent la *gravité du crime*, l'*intérêt des victimes*, les *circonstances particulières de l'accusé* et bien d'autres considérations. Selon le Bureau, le Statut de Rome a été adopté pour punir les crimes les plus graves qui affectent la communauté internationale. De ce fait, pour qu'une affaire soit recevable devant la Cour, non seulement les crimes doivent être de sa juridiction, mais en plus, ils doivent être *suffisamment graves* au regard de l'article 17(1)(d) du Statut⁴⁹⁴. Pour ce faire, le Procureur va tenir compte de l'échelle des crimes, de la nature des crimes, des circonstances de leur commission ainsi que de leur impact et du fait que l'accusé est une des personnes "les plus responsables". C'est donc l'examen de la recevabilité de l'affaire ainsi que la détermination de la gravité des crimes qui indiqueront si des actions doivent être entreprises.

⁴⁹¹ *Ibid.*

⁴⁹² *Ibid.*

⁴⁹³ Rapport de l'experte indépendante chargé de mettre à jour l'*Ensemble des principes pour la lutte contre l'impunité*, Diane Orentlicher, *supra* note 61. Voir en particulier, le Principe 19 sur les droits et les devoirs des États dans le domaine l'administration de la justice.

⁴⁹⁴ C.P.I., Bureau du Procureur, Policy Paper, *supra* note 87.

Par ailleurs, le Bureau du Procureur fait remarquer que d'autres éléments peuvent être pris en considération dans la détermination des « intérêts de la justice ». À ce titre, en évoquant le caractère souvent limité des poursuites criminelles, le Bureau souligne le caractère complémentaire d'autres mécanismes qui peuvent être appliqués au niveau national. Sans toutefois faire clairement allusion aux C.V.R., le Bureau mentionne des mécanismes comme les dispositifs de recherche de la vérité, les programmes de réparations, les réformes institutionnelles et les systèmes de justice traditionnelle⁴⁹⁵. Par rapport à confusion souvent faite entre les « intérêts de la justice » et les « intérêts de la paix », le Bureau mentionne le rôle du Conseil de sécurité de déférer une affaire à la Cour quand cela est nécessaire au maintien de la paix et de la sécurité internationale. Il soutient cependant que les deux concepts doivent être différenciés car les questions plus large de la paix et de la sécurité internationale ne sont pas de sa responsabilité, mais relèvent plutôt du mandat d'autres institutions⁴⁹⁶.

Au regard de ces clarifications, on pourrait conclure que le Bureau du Procureur est en faveur d'une lecture assez étroite de la notion des « intérêts de la justice ». Il semble que pour le Procureur, les « intérêts de la justice » ne peuvent donner lieu à l'abandon des poursuites et par conséquent à la mise en péril du droit à la justice des visctimes. Le Procureur avance en effet, qu'en vertu du but et de l'objet du Statut, poursuivre les crimes les plus graves servirait généralement non seulement les « intérêts des victimes », mais aussi les « intérêts de la justice ». En faisant référence aux dispositifs de recherche de la vérité et aux systèmes de justice traditionnelle, le Bureau semble considérer d'autres formes de justice, notamment les C.V.R. comme complémentaires aux poursuites criminelles qui peuvent être engagées par la C.P.I., sans aller jusqu'à écrire que l'un peut remplacer l'autre. Il laisse ainsi la porte ouverte

⁴⁹⁵Jacques Lecomte, « La justice restauratrice », (2012) 2:40 *Revue du Mauss* 223 ; Maryse Raynal, *Justice traditionnelle, justice moderne: le devin, le juge, le sorcier*, Paris, L'Harmattan, Collections « Logiques Juridiques », 1994 ; Étienne Le Roy, *L'évolution de la justice traditionnelle en Afrique francophone*, (1975) 9:1 *Canadian Journal for African Studies* 75.

⁴⁹⁶C.P.I., Bureau du Procureur, Policy Paper, *supra* note 87.

tout en se donnant le pouvoir d'abandonner des poursuites, aux motifs qu'elles ne serviraient pas les « intérêts de la justice ». Cela se décidera alors au cas par cas. Il nous paraît indiquer d'affirmer que le droit d'accès des victimes à la justice pénale pourrait se voir limiter dans certains cas, lorsque les crimes commis sont soumis à des mécanismes de justice traditionnelle. Notons que la décision du Procureur de ne pas poursuivre dans ces cas, devra être soumise à la Chambre préliminaire qui décidera de sa pertinence ou non. Le droit à la justice se trouve ainsi garanti, même s'il peut lui être porté atteinte dans certaines circonstances exceptionnelles.

Dans son Rapport révisé de 2005, Diane Orentlicher de définit un certain nombre de principes dans le but de rendre effectif le droit à la justice. Elle précise, entre autres, que les États doivent mener rapidement des enquêtes approfondies, indépendantes et impartiales sur les violations des droits de l'Homme et du droit international humanitaire et prendre des mesures adéquates à l'égard de leurs auteurs, notamment dans le domaine de la justice pénale, pour que les responsables de crimes graves selon le droit international soient poursuivis, jugés et condamnés à des peines appropriées⁴⁹⁷. Pour ce faire, bien que l'initiative des poursuites relève en premier lieu des missions de l'État, les victimes, leurs familles et leurs héritiers devraient pouvoir eux-mêmes en être à l'origine, individuellement, notamment en se constituant parties civiles ou par voie de citation directe dans les États où cette procédure est reconnue par le Code de procédure pénale⁴⁹⁸. Le rapport souligne en outre que la compétence première des États en matière de crimes graves selon le droit international demeure la règle. Mais qu'une compétence concurrente des tribunaux pénaux internationaux ou internationalisés peut être retenue⁴⁹⁹. Pour ce faire, les États doivent s'assurer qu'ils satisfont totalement à leur obligations juridiques au regard de ces tribunaux, notamment en se dotant le cas échéant d'une législation interne qui leur permettent de

⁴⁹⁷ Rapport de l'experte indépendante chargé de mettre à jour *l'Ensemble des principes pour la lutte contre l'impunité*, Diane Orentlicher, supra note 61, à la p 12, au Principe 19.

⁴⁹⁸ *Ibid.*

⁴⁹⁹ *Ibid* à la p 13, au Principe 20.

satisfaire aux obligations découlant de leur adhésion au Statut de Rome sur la C.P.I. ou à d'autres instruments contraignants⁵⁰⁰. Les États doivent aussi adopter une législation interne ou la modifier, pour permettre aux tribunaux d'exercer la compétence universelle en matière de crimes graves selon le droit international, conformément aux principes du droit coutumier qui s'appliquent⁵⁰¹. Ainsi, les États doivent veiller à satisfaire totalement aux obligations juridiques qui leur incombent dans le cadre des poursuites pénales menées à l'encontre de personnes dont la responsabilité individuelle est engagée pour des crimes graves s'ils n'extradent ni ne transfèrent ces suspects afin qu'ils soient poursuivis devant un tribunal international ou internationalisé⁵⁰². Quant à la nature des mesures à prendre, les États devraient adopter et appliquer des garanties contre toute utilisation inappropriée des règles telles que celles qui ont trait à la prescription, à l'amnistie, au droit d'asile, au refus d'extradition, au principe *Non bis in idem*, à l'obéissance due, aux immunités officielles, aux législations sur les « repentis », à la compétence des tribunaux militaires ainsi qu'au principe d'inaéquivocité des juges de nature à favoriser l'impunité ou à y contribuer⁵⁰³. Le rapport précise également des restrictions à la prescription⁵⁰⁴, aux mesures relatives à l'amnistie⁵⁰⁵, au droit d'asile⁵⁰⁶, à l'extradition et au principe *Non bis in idem*⁵⁰⁷, aux justifications pouvant être liées à l'obéissance due, à la responsabilité hiérarchique et à la qualité officielle de l'auteur des faits⁵⁰⁸, aux effets des lois sur la divulgation d'informations ou sur le repentir⁵⁰⁹, aux

⁵⁰⁰ *Ibid.*

⁵⁰¹ *Ibid* au Principe 21.

⁵⁰² *Ibid.*

⁵⁰³ *Ibid* au Principe 22.

⁵⁰⁴ *Ibid* aux pp 13-14, au Principe 23.

⁵⁰⁵ *Ibid* à la p 14, au Principe 24

⁵⁰⁶ *Ibid* au Principe 25.

⁵⁰⁷ *Ibid* à la p 15 au Principe 26.

⁵⁰⁸ *Ibid* au Principe 27.

⁵⁰⁹ *Ibid* au Principe 28.

compétences des tribunaux militaires⁵¹⁰ et au principe d'immovibilité des juges⁵¹¹ à l'égard des crimes graves des droits de l'Homme et du droit international humanitaire.

D'un point de vue plus pratique, le droit à la justice en période de justice transitionnelle nécessite très souvent la restauration de l'appareil judiciaire de l'État concerné, pour éviter qu'il demeure une cause majeure de l'impunité. Par exemple, au Timor Leste, après le départ des troupes indonésiennes, les palais de justice ont été incendiés et les archives judiciaires détruites. De même en Haïti, après le départ du président Jean Bertrand Aristide, de nombreux commissariats et prisons ont été rendus inutilisables⁵¹².

Au niveau des juridictions régionales, dans le système interaméricain de protection des droits de l'Homme, l'Article XVIII de la *Déclaration des droits et devoirs de l'Homme* garantit le droit à toute personne de recourir à un tribunal pour faire valoir ses droits fondamentaux. Selon la *Convention américaine relative aux droits de l'Homme*:

[t]oute personne a droit à un recours simple et rapide, ou à tout autre recours effectif devant les juges et tribunaux compétents, destiné à la protéger contre tous actes violant ses droits fondamentaux reconnus par la Constitution, par la loi ou par la présente Convention, lors même que ces violations auraient été commises par des personnes agissant dans l'exercice de fonctions officielles⁵¹³.

Ainsi, dans l'affaire *Gustavo Carranza*, la Cour interaméricaine des droits de l'Homme a considéré que l'Argentine avait violé la C.I.D.H., quand ses tribunaux ont refusé d'entendre l'affaire en se prévalant de la doctrine de la « question politique »⁵¹⁴. Aussi, en 1998, dans le jugement sur les disparitions, de *Blake c. Guatemala*, la Cour

⁵¹⁰ *Ibid* à la p 16 au Principe 29.

⁵¹¹ *Ibid* au Principe 30.

⁵¹² Louis Joinet, « justice transitionnelle: principes et standards internationaux - un état des lieux », dans Mò Bleeker, *supra* note 69, à la p 8.

⁵¹³ Art. 25 de la *Convention américaine relative aux de l'Homme*, *supra* note 339.

⁵¹⁴ Rapport No. 30/97, Cas 10.087, *Gustavo Carranza v. Argentine*, Rapport annuel de la Commission interaméricaine des droits de l'Homme 1997, OEA/Ser.L/V/II.98, Doc. 7 rev. (1998), au para 254.

a soutenu que le droit de toute personne à ce que sa cause soit entendue par un tribunal compétent, indépendant et impartial s'étend à la famille de la victime. La Cour soutient que ceux qui sont responsables des violations des droits de la personne doivent être jugés et que les victimes peuvent obtenir une réparation pour les préjudices subis⁵¹⁵.

Le droit à la justice ne figure pas de façon explicite en tant que droit dans la *Convention européenne des droits de l'Homme*. Son article 6.1 fait uniquement référence au droit à un procès équitable et au droit de toute personne à ce que « sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi »⁵¹⁶. C'est dans l'arrêt *Golder* du 21 février 1975 que la Cour a retenu une interprétation finaliste de l'article 6.1 en s'inspirant de deux principes: 1) en matière civile la prééminence du droit ne se conçoit guère sans l'accès aux tribunaux, et 2) le principe du droit international prohibe le déni de justice. La Cour en conclut que l'article 6.1 garantit à chacun le droit à ce qu'un tribunal connaisse de toute contestation relative à ses droits et obligations de caractère civil⁵¹⁷. En outre, dans l'affaire *Osman c. Ferguson*⁵¹⁸ dans laquelle la House of Lords avait décidé que pour des raisons de politique publique, aucune action ne pouvait être menée contre la police pour négligence dans les investigations pour la prévention de crimes, Osman et sa mère ont interjeté appel devant la C.E.D.H. Dans son arrêt *Osman c. Royaume Uni*⁵¹⁹, la Cour a conclu que « l'application de la règle d'exonération de responsabilité en l'espèce a constitué une restriction disproportionnée au droit d'accès des requérants à un tribunal. [Qu'il y a donc eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention ».

⁵¹⁵ C.I.D.H., *Blake c. Guatemala*, jugement du 24 janvier 1998.

⁵¹⁶ Jacqueline Dutheil de la Rochère, « Droit au juge, accès à la justice européenne », (2011) 1:96 Pouvoir 123, à la p 125.

⁵¹⁷ C.E.D.H., Arrêt *Golder* du 21 février 1975, Série A, n° 18, aux pp 17-18. Cette position téléologique de la Cour est toutefois critiquée dans une opinion dissidente du juge Fitzmaurice, voir à ce titre, *ibid*.

⁵¹⁸ House of Lords, *Osman v. Ferguson*, [1989] AC 53.

⁵¹⁹ C.E.D.H., *Osman c. Royaume Uni*, jugement du 28 octobre 1998, au para 150-154.

Par ailleurs, dans un de ses arrêts, la C.E.D.H. soulignait que « la Convention a pour but de protéger des droits concrets et effectifs. La remarque vaut en particulier pour le droit d'accès aux tribunaux, eu égard à la place éminente que le droit à un procès équitable occupe dans une société démocratique »⁵²⁰. La Cour précise en outre que l'article 6, paragraphe 1 de la Convention « laisse à l'État le choix des moyens à employer pour garantir aux plaideurs les droits susmentionnés. L'instauration d'un système d'aide judiciaire en constitue un, mais il y en a d'autres, par exemple une simplification de la procédure »⁵²¹. La Cour souligne toutefois que « le droit d'accès aux tribunaux n'est pas absolu ; il peut donner lieu à des limitations à condition que celles-ci poursuivent un but légitime et soient proportionnées »⁵²². En plus, « [i]l peut par (...) être acceptable d'imposer des limitations à l'octroi d'une aide judiciaire notamment en fonction de la situation financière du plaideur ou de ces chances de succès dans la procédure »⁵²³.

Au regard de ce qui précède, nous pouvons conclure que le droit à la justice est un droit fondamental de l'Homme garanti par de nombreux instruments juridiques, et faisant l'objet d'une pratique assez uniforme, effective et dense de la part des États et des instances juridictionnelles ou para-juridictionnelles internationales. En outre, lorsqu'on observe l'*opinio juris* en la matière, on constate que ce droit est presque toujours reconnu comme tel par les États. Ce droit peut néanmoins faire l'objet de quelques limitations comme l'a précisé la C.E.D.H. Mais comme l'a souligné la C.I.J. dans son arrêt *Nicaragua*⁵²⁴, une pratique uniforme ne signifie pas qu'il n'y a pas de violation de la norme par d'autres États ou que certaines restrictions justifiées ne soient pas possibles. Dans le cas du droit à la justice, la violation n'est généralement

⁵²⁰ La Cour fait référence à son arrêt *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979, au para 24.

⁵²¹ *Ibid* au para 60.

⁵²² Arrêt *Ashingdane c. Royaume Uni* du 28 mai 1985, au para 57.

⁵²³ Arrêt *De Haes et Gijssels c. Belgique* du 24 février 1997, au para 53 et dans le même sens, Arrêt *McVicar c. Royaume-Uni* du 7 mai 2002, au para 51 et 62.

⁵²⁴ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, *supra* note 411, au par 186.

pas admise ou acceptée à moins qu'elle ne soit largement justifiée. Nous pouvons donc en conclure que le droit à la justice est une norme de droit international coutumier. Par ailleurs, le droit à la justice pour les victimes ou leurs ayants droit ne peut se concevoir sans une réparation appropriée du préjudice subi. Quelle est la nature juridique du droit à la réparation?

2.2.3 Le droit à la réparation

Le droit à une réparation appropriée est reconnu par divers instruments juridiques relatifs aux droits de la personne largement acceptés par les États. Au niveau international, il est prévu dans la *Déclaration universelle des droits de l'Homme*⁵²⁵ (article 8) ; dans le P.I.D.C.P (article 2) ; dans la *Convention internationale sur l'élimination de toutes formes de discrimination raciale*⁵²⁶ (article 6) ; dans la *Convention contre la torture et autres peines et traitements inhumains ou dégradants* (article 14) ; dans la *Convention sur les droits de l'enfant* (article 39). Il est aussi consacré dans les instruments juridiques relatifs au droit international humanitaire: dans la *Convention de la Haye sur les lois et coutumes de la guerre sur terre*⁵²⁷ (article 3) ; dans le *Protocole additionnel aux Convention de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux*⁵²⁸ (Protocole I, article 91) et dans le *Statut de Rome sur la C.P.I.*⁵²⁹ (article 68 et 75) ; dans les *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire*⁵³⁰ (paragraphe 15-23). Ce dernier instrument soutient que:

⁵²⁵ D.U.D.H. *supra*, note

⁵²⁶ RS 0.107 (20 novembre 1989)

⁵²⁷ RS 0.515.111 (12 octobre 1907).

⁵²⁸ RS 0.518.521 (8 juin 1977).

⁵²⁹ Statut de Rome sur la C.P.I., *supra*, note.

⁵³⁰ A.G.N.U., *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à la réparation des victimes de violations flagrantes de droit international relatif aux droits de l'Homme et de violations graves du*

[c]onformément à la législation interne et au droit international, et compte tenu des circonstances de chaque cas, il devrait être assuré aux victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'Homme et de violations graves du droit international humanitaire, selon qu'il convient et de manière proportionnée à la gravité de la violation et aux circonstances de chaque cas, une réparation pleine et effective, (...) notamment sous les formes suivantes: restitution, indemnisation, réadaptation, satisfaction et garanties de non répétition⁵³¹.

Cet instrument considère aussi les garanties de non répétition comme une forme de réparation pour les violations graves des droits de l'Homme et du droit international humanitaire commis dans les États en transition ou en conflit⁵³². Un autre document d'importance portant sur le droit à la réparation, a été édité en 2006 par Pablo de Greiff du Centre pour la Justice Transitionnelle. Il est intitulé, *The Handbook of Reparations*⁵³³. Dans cet ouvrage de 1000 pages, les auteurs étudient plusieurs thématiques liées au droit à la réparation dans les pays. En outre, dans le domaine des droits de l'Homme, le document du Bureau du Haut Commissariat des droits de l'Homme de 2008 sur les réparations reconnaît l'obligation des États de réparer les abus du passé⁵³⁴.

Dans leur manifestation individuelle ou collective, les Principes fondamentaux considèrent que le droit à la réparation requiert le droit des victimes à un recours utile. Ainsi, les victimes doivent avoir, dans des conditions d'égalité, accès à un

droit international humanitaire, Rés. 2005/35 (19 avril 2005), adoptés par la résolution A/RES/60/147 (2006) sur la base des rapports de Théo Van Boven (E/CN.4/Sub2/1996/17) et de Chérif Bassiouni (E/CN.4/2000/62).

⁵³¹ Ibid au para 18.

⁵³² A.G.N.U., *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à la réparation des victimes de violations flagrantes de droit international relatif aux droits de l'Homme et de violations graves du droit international humanitaire*, supra note 530, au para 23.

⁵³³ Pablo de Greiff (éd.), *The Handbook of Reparations*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2006.

⁵³⁴ Voir United Nations Office of the High Commissioner of Human Rights, *Rule-of-Law Tools for Post-conflict States: Reparations*, New York, Genève, 2008, aux pp 5-8. Consulter aussi, Richard Falk, « Reparations, International Law, and Global Justice: A New Frontier », dans *The Handbook of Reparations*, supra note 533, aux pp 478-503.

recours judiciaire utile, conformément au droit international⁵³⁵. Ainsi, le droit à la réparation semble être ici confondu dans le droit à la justice.

Le droit à la réparation est aussi reconnu dans le rapport actualisé de Diane Orentlicher. Ce rapport précise que « [t]oute violation d'un droit de l'homme fait naître un droit à la réparation en faveur de la victime ou de ses ayants droit qui implique, à la charge de l'État, le devoir de réparer et la faculté de se retourner contre l'auteur »⁵³⁶. Pour ce faire, que ce soit par voie pénale, civile, administrative ou disciplinaire, toute victime doit avoir la possibilité d'exercer un recours aisément accessible, prompt et efficace. Elle doit bénéficier, dans l'exercice de ce recours, d'une protection contre les intimidations et représailles⁵³⁷. En outre, les procédures *ad hoc* permettant aux victimes d'exercer leur droit à la réparation doivent faire l'objet de la publicité la plus large possible⁵³⁸. Quant au champ d'application du droit à la réparation, il doit couvrir l'intégralité des préjudices subis par la victime et comprendre des mesures relatives à la restitution, à l'indemnisation, à la réadaptation et des mesures satisfaisantes conformément au droit international⁵³⁹. Comme forme de réparation, le rapport souligne que dans le cas de disparitions forcées, la famille de la victime directe a le droit imprescriptible d'être informée du sort et/ou du lieu où se trouve la personne disparue et, en cas de décès, le corps doit lui être restitué dès son identification, que les auteurs aient ou non été identifiés ou poursuivis⁵⁴⁰.

Au niveau conventionnel régional, le droit à la réparation est reconnu dans la *Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples* (article 7) ; dans la *Convention*

⁵³⁵ A.G.N.U., *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à la réparation des victimes de violations flagrantes de droit international relatif aux droits de l'Homme et de violations graves du droit international humanitaire*, supra note 530, au para 12.

⁵³⁶ Rapport de l'experte indépendante chargé de mettre à jour l'*Ensemble des principes pour la lutte contre l'impunité*, Diane Orentlicher, supra note 61, à la p 16, au Principe 31.

⁵³⁷ *Ibid* au Principe 32.

⁵³⁸ *Ibid* à la p 17, au Principe 33.

⁵³⁹ *Ibid* au Principe 34.

⁵⁴⁰ *Ibid* au Principe 34.

américaine relative aux droits de l'Homme (article 25) ; dans la Convention européenne pour la protection des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (article 13).

Au regard de toutes ces reconnaissances du droit à la réparation, peut-on soutenir que ce droit est une norme de droit international coutumier contraignante ou est-il simplement un principe général du droit international?

Tout d'abord, il faut noter que dans les Statuts du T.P.I.Y. et du T.P.I.R., l'attention était portée sur les victimes en leur seule qualité de témoin éventuel avec à leur égard quelques mesures visant la réparation⁵⁴¹. L'article 24(3) du Statut constitutif du T.P.I.Y. et l'article 23(3) du Statut constitutif du T.P.I.R. énoncent l'adoption de mesures de restitution pour les victimes. Ces dispositions autorisent la Chambre de première instance à ordonner, lors du prononcé de la sanction pénale, la restitution des biens obtenus par des moyens illicites à leurs propriétaires légitimes⁵⁴². Pour ce qui concerne la compensation, il n'existe aucune disposition dans le Statut constitutif du T.P.I.Y. et du T.P.I.R. traitant de ses modalités à l'endroit des victimes⁵⁴³. La seule disposition concernant l'indemnisation à titre de réparation, est prévue à l'article 106 du *Règlement de procédure et de preuve* du T.P.I.Y. Une disposition similaire fut également adoptée pour le T.P.I.R.⁵⁴⁴.

La C.P.I. semble vouloir remédier aux situations des victimes qui prévalaient auprès des tribunaux internationaux de l'ex-Yougoslavie et du Rwanda. Contrairement à ces

⁵⁴¹ Laura Scomparin, « La victime du crime et la juridiction pénale internationale », dans Mario Chiavaric (dir.), *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Milano, Dalloz, 2003, aux pp 335-352, à la p 338.

⁵⁴² Voir les Art. 24(3) du Statut du T.P.I.Y., *supra* note 38 et l'Art. 23(3) du Statut du T.P.I.R., *supra* note 39 discutés par Julie Vincent, « Le droit à la réparation des victimes en droit pénal international : utopie ou réalité? » (2010) 44 *Revue Juridique Thémis* 79, à la p 89. Les modalités de restitution sont prévues à l'article 105 du *Règlement de procédure et de preuve du T.P.I.Y.*, en ligne: <http://www.un.org/icty/>, Consulté le 17 août 2013 et à l'article 105 du *Règlement de procédure et de preuve du T.P.I.R.*, <http://www.unictr.org/Portals/0/English%5CLegal%5CEvidence%5CEnglish%5C080314.pdf>, Consulté le 17 août 2013.

⁵⁴³ Julie Vincent, *supra* note 542, à la p 92.

⁵⁴⁴ *Ibid.*

tribunaux *ad hoc*, la C.P.I. prévoit, au paragraphe 1 de l'article 75 du Statut de Rome, trois formes de réparations : la restitution, l'indemnisation et la réhabilitation. Elle prévoit aussi, un *Fonds d'affectation spéciale au profit des victimes*⁵⁴⁵.

Du côté de la C.I.J., dans l'arrêt sur le génocide, la Bosnie, dans ses conclusions finales, priait la Cour de dire que la défenderesse, la Serbie « doit réparer les conséquences de ses actes internationalement illicites et que, par suite de la responsabilité internationale encourue à raison des violations ... de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide »⁵⁴⁶. À l'encontre de cette demande, la C.I.J. a opposé la jurisprudence de la C.P.J.I. en l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, en ceci que :

Le principe essentiel, qui découle de la notion même d'acte illicite et qui semble se dégager de la pratique internationale, notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux, est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis. Restitution en nature, ou, si elle n'est pas possible, paiement d'une somme correspondant à la valeur qu'aurait la restitution en nature ; allocation, s'il y a lieu, de dommages-intérêts pour les pertes subies et qui ne seraient pas couvertes par la restitution en nature ou le paiement qui en prend la place ; tels sont les principes desquels doit s'inspirer la détermination du montant de l'indemnité due à cause d'un fait contraire au droit international⁵⁴⁷.

Le même principe est aussi énoncé à l'article 31 des articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État en ces termes : « L'État responsable est tenue de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite »⁵⁴⁸. Dans la situation du génocide de Srebrenica, la Cour souligne qu'il n'est pas opportun d'imposer à la Serbie à une obligation de *restitutio in integrum*, celle-ci étant impossible⁵⁴⁹. Elle a par contre soutenu que la Bosnie avait droit à une réparation

⁵⁴⁵ Voir l'article 79 du *Statut de Rome*, *supra* note 46.

⁵⁴⁶ Arrêt sur le génocide, *supra* note 102 au para 459.

⁵⁴⁷ C.P.J.I. Série A n° 17 du 13 septembre 1928, à la p 47.

⁵⁴⁸ Voir l'article 31 des articles sur la responsabilité de l'État, *supra* note 291, aux pp 240-249.

⁵⁴⁹ Arrêt sur le génocide, *supra* note 102 au para 460. La Cour rappelle l'affaire relative au Projet *Gabcikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, qui soutenait qu'« [i]l est une règle bien établie du droit international, qu'un État lésé est en droit d'être indemnisé, par l'État auteur d'un fait internationalement illicite, des dommages résultant de

sous forme de satisfaction, revêtant la forme d'une déclaration dans le dispositif de l'arrêt⁵⁵⁰. Dans ses conclusions finales, la Bosnie avait demandé à la Cour de dire « que la Serbie-et-Monténégro est tenue de fournir des garanties et assurances spécifiques de non-répétition des faits illicites qui lui sont reprochés, les formes de ces garanties et assurances devant être déterminées par la Cour »⁵⁵¹. La Cour a opposé à cette demande une fin de non recevoir. Lorsqu'il y a un préjudice matériel, la réparation vise non seulement à garantir l'intégrité du droit, mais aussi à sauvegarder les intérêts des victimes⁵⁵². Selon les articles de la C.D.I., la réparation revêt ainsi, « [...] la forme de restitution, d'indemnisation et de satisfaction, séparément ou conjointement, [...] »⁵⁵³.

Au regard de ces développements, il nous paraît raisonnable de soutenir avec la C.I.J. que la réparation est un principe consacré par le droit international coutumier⁵⁵⁴ dont les modalités sont déterminées au cas par cas. Il n'est cependant pas un droit absolu et peut prendre différentes formes selon les situations. Au reste, qui dit réparation dit forcément prendre des mesures idoines pour que les mêmes causes ne produisent pas les mêmes effets. Il importe alors de déterminer la nature juridique du droit aux garanties de non-renouvellement contenu dans les mécanismes de justice transitionnelle.

celui-ci» (C.I.J. Recueil 1997, à la p 81, au par. 152; cf. *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 2004, à la p 198, aux para. 152-153; voir également l'article 36 des articles sur la responsabilité de l'État, *supra* note 291).

⁵⁵⁰ Arrêt sur le génocide, *supra* note 102 au para 463. La Cour rappelle l'affaire du Détroit de Corfou (*Royaume-Uni c. Albanie*), la Cour considère qu'une déclaration de cette nature « constitue en elle-même une satisfaction appropriée » (*fond, arrêt*, C.I.J. Recueil 1949, aux pp 35-36).

⁵⁵¹ Arrêt sur le génocide, *supra* note 102, au para 466. Voir aussi l'article 30 des articles sur la responsabilité de l'État, *supra* note 291.

⁵⁵² Arrêt sur le génocide, *supra* note 102, au para 466.

⁵⁵³ Article 34 des articles sur la responsabilité de l'État, *supra* note 291, à la p 253.

⁵⁵⁴ Arrêt sur le génocide, *supra* note 102, au para 462.

2.2.4 Le droit aux garanties de non-renouvellement

Le droit aux garanties de non répétition est prévu dans le Rapport de M. L. Joinet de 1997⁵⁵⁵ et dans celui actualisé de Diane Orentlicher de 2005⁵⁵⁶. Selon le dernier Rapport, cette exigence en période de justice transitionnelle, se traduit par la réforme des institutions de l'État⁵⁵⁷ ; la dissolution des groupements armés paraétatiques ainsi que la démobilisation et réintégration sociale des enfants⁵⁵⁸ et en dernier lieu, la réforme des lois et des institutions contribuant à l'impunité⁵⁵⁹. Par ailleurs, le Haut Commissariat des Nations Unies pour les droits de l'Homme a émis en 2006 un document intitulé « Rule-of-Law Tools for Post-Conflict States, Vetting: an operational framework »⁵⁶⁰, qui donne un ensemble de directives pour donner effet au droit aux garanties de non renouvellement. Ce document met la réforme des institutions (et notamment le *vetting*) au centre des actions qui doivent être entreprises dans les pays en transition de l'autoritarisme ou d'un conflit vers la démocratie et la paix⁵⁶¹. Ainsi, les institutions publiques qui ont perpétué un conflit ou ont servi un régime autoritaire ont besoin d'être transformés en des institutions qui soutiennent la transition en préservant la paix et la règle de droit⁵⁶². Pour ce faire, des institutions fortes favorisent la justice transitionnelle de deux manières: d'une part, des institutions justes et efficaces jouent un rôle important dans la prévention des violations futures, d'autre part, les réformes institutionnelles contribuent à la justice transitionnelle en créant un cadre favorable pour que les institutions publiques, dont

⁵⁵⁵ Rapport de Louis Joinet au Conseil économique et social des Nations Unies sur la *Question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme (civils et politiques)*, rapport final révisé, *supra* note 80, à la p 9 et aux Principes 37-42.

⁵⁵⁶ Rapport de l'experte indépendante chargé de mettre à jour l'*Ensemble des principes pour la lutte contre l'impunité*, Diane Orentlicher, *supra* note 61, aux Principes 35-38.

⁵⁵⁷ *Ibid* au Principe 36.

⁵⁵⁸ *Ibid* au Principe 37.

⁵⁵⁹ *Ibid* au Principe 38.

⁵⁶⁰ Haut Commissariat des Nations Unies pour les droits de l'Homme, *Rule-of-Law Tools for Post-Conflict States, Vetting: an operational framework*, HR/PUB/06/5 (2006), en ligne: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/RuleoflawVettingen.pdf>, Consulté le 9 août 2013.

⁵⁶¹ *Ibid* à la p 3.

⁵⁶² *Ibid*.

les secteurs de la sécurité et de la justice, d'engager les responsabilités pénales individuelles et internationales étatiques pour les crimes du passé⁵⁶³. Le document précise en outre que les institutions doivent agir à travers leur personnel. Ce qui fait que la réforme du personnel est souvent essentielle à un processus de réforme institutionnelle effective et durable⁵⁶⁴. Sur ce point, le document soutient toutefois que l'éviction des anciens coupables n'est pas un prétexte pour ne pas engager des poursuites criminelles. Mais qu'une stratégie de justice transitionnelle sera plus effective et légitime si les diverses initiatives, en particulier les poursuites, les commissions de vérité, les réparations et les réformes institutionnelles se complètent les unes avec les autres⁵⁶⁵.

Au regard de ce qui précède, les garanties de non renouvellement apparaissent comme une suite logique du droit à la réparation. Mais pouvons-nous soutenir que ce droit est une norme de droit international coutumier? Lorsque l'on observe la pratique des États en la matière, on constate qu'une certaine pratique est sans nul doute en cours, sans pourtant être d'une généralité objective qui soit assez dense pour donner lieu à une norme coutumière. De plus, lorsque l'on examine l'*opinio juris* dans ce domaine, il semble que les États n'appliquent pas ce mécanisme en le considérant comme un droit contraignant, mais plutôt comme une action nécessaire à l'instauration d'un État de droit fondé sur des valeurs démocratiques. Aussi, compte tenu du fait que les contours de ce droit ne sont pas précis et que ses modalités de mise en œuvre varient selon le contexte, il semble convenable de soutenir que ce droit peut être classé parmi les principes généraux du droit international. Ce droit demeure néanmoins très pertinent pour les mécanismes de justice transitionnelle qui visent à lutter contre l'impunité et à consolider un État de droit démocratique pérenne.

⁵⁶³ *Ibid.*

⁵⁶⁴ *Ibid* à la p 4.

⁵⁶⁵ *Ibid* à la p 5.

2.3 Conclusion du chapitre II

Quelle que soit la nature juridique des quatre mesures ci-dessus étudiées, elles semblent tendre toutes vers un seul but: l'obligation générale qui pèse sur les États de mettre fin à l'impunité des crimes internationaux en général et du génocide en particulier⁵⁶⁶. On pourrait cependant affirmer que cette obligation était déjà contenue dans la Convention de 1948 sur le génocide. Toutefois, il est fort probable que ce soit l'ineffectivité de la Convention qui ait poussé à entreprendre des actions concrètes pour lutter contre l'impunité des crimes internationaux. L'histoire de cette obligation remonte aux années 1970 période durant laquelle à la suite des régimes dictatoriaux notamment en Amérique latine, l'opposition démocratique s'est mobilisée pour obtenir la libération des prisonniers politiques. Parmi les organismes pionniers de cette lutte, on peut citer, les Comités pour l'amnistie nés au Brésil, le Secrétariat international de juristes pour l'amnistie en Uruguay (S.I.J.A.U.) et le Secrétariat international pour l'amnistie et la démocratie au Paraguay (S.I.J.A.D.E.P.). À cette époque, l'amnistie était le symbole de la liberté et de la résistance contre les régimes autocratiques⁵⁶⁷. Cependant dans les années 1980, cette amnistie devient une prime à l'impunité avec l'émergence, puis la multiplication de lois d'autoamnistie, autoproclamées par des dictatures militaires en décadence, soucieuses d'organiser leur impunité, pendant qu'il est encore temps⁵⁶⁸. Plusieurs mouvements de victimes de violations des droits de l'Homme se structurent alors contre la récupération de l'amnistie. Parmi eux, on dénombre le mouvement des Mères de la place de Mai, puis la Fédération latino-américaine des associations de familles de détenus disparus (F.E.D.E.F.A.M.) dont l'essor va s'étendre aux autres continents⁵⁶⁹. À la fin de la guerre froide, suite aux

⁵⁶⁶ Rapport de l'experte indépendante chargé de mettre à jour *l'Ensemble des principes pour la lutte contre l'impunité*, Diane Orentlicher, *supra* note 61, à la p 7, au Principe 1.

⁵⁶⁷ Rapport de Louis Joinet au Conseil économique et social des Nations Unies sur la *Question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme (civils et politiques)*, rapport final révisé, *supra* note 80, à la p 3, au para 2.

⁵⁶⁸ *Ibid* au para 3.

⁵⁶⁹ *Ibid*.

vagues de démocratisation dans plusieurs pays, la lutte contre l'impunité va occuper le centre des débats. Des dialogues nationaux et des négociations de paix s'enclenchent dans le but de chercher un équilibre entre l'oubli qui anime les anciens oppresseurs et la justice à laquelle aspirent les victimes des crimes commis⁵⁷⁰. La communauté internationale prend ainsi conscience de la lutte contre l'impunité des crimes internationaux. La Conférence mondiale des droits de l'Homme de juin 1993, va encourager cette évolution dans son document final intitulé « Déclaration et Programme d'action de Vienne »⁵⁷¹. Aujourd'hui, l'obligation des États de lutter contre l'impunité des violations graves des droits de la personne et du droit international humanitaire relève très probablement du droit international coutumier depuis l'adoption par le Conseil économique et social de l'O.N.U., du rapport Joinet de 1997⁵⁷² et de celui actualisé de Diane Orentlicher de 2005⁵⁷³.

Au regard de l'obligation des États de lutter contre l'impunité des crimes internationaux et de la consécration de l'interdiction du génocide comme norme de *jus cogens*, quelles sont les obligations des États face à la commission de ce crime? Est-ce que le paradigme de la justice transitionnelle nous permet de comprendre ces obligations? Ou y a-t-il une contradiction entre ces mécanismes et les normes de responsabilité pour le crime de génocide?

Après avoir inscrit la justice transitionnelle dans une perspective historique et exposé la nature des quatre couples droits et obligations corrélatives qui la composent, nous allons confronter ces mécanismes aux règles de responsabilité pour crimes de génocide dans les contextes de l'ex-Yougoslavie et du Rwanda.

⁵⁷⁰ *Ibid* au para 4.

⁵⁷¹ La Conférence mondiale des droits de l'homme, *Déclaration et Programme d'action de Vienne*, A/CONF.157/23 (1993), au para 91 de la Partie II.

⁵⁷² Rapport de Louis Joinet au Conseil économique et social des Nations Unies sur la *Question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'Homme (civils et politiques)*, rapport final révisé, *supra* note 80, aux pp 3-4, aux para 1-6.

⁵⁷³ Rapport de l'experte indépendante chargé de mettre à jour *l'Ensemble des principes pour la lutte contre l'impunité*, Diane Orentlicher, *supra* note 61.

CHAPITRE III

LES RELATIONS ENTRE LES MÉCANISMES DE JUSTICE TRANSITIONNELLE ET LES RESPONSABILITÉS POUR CRIMES DE GÉNOCIDE EN EX-YOUGOSLAVIE ET AU RWANDA

L'étude des relations entre les mécanismes de justice transitionnelle et les responsabilités pour crime de génocide requiert dans un premier temps, l'analyse de l'adéquation entre ces dispositifs et les responsabilités pénale individuelle et internationale étatique pour crimes de génocide (3.1), et dans un second temps, l'étude de l'inadéquation entre ces outils et les deux systèmes de responsabilités (3.2).

3.1 L'adéquation des mécanismes de justice transitionnelle avec les responsabilités pour crimes de génocide

Il sera question ici d'évoquer l'adéquation entre les mécanismes de justice transitionnelle et les responsabilités pour crimes de génocide d'une part, en ex-Yougoslavie (3.1.1) et d'autre part, au Rwanda (3.1.2).

3.1.1 L'adéquation dans le contexte de l'ex-Yougoslavie

L'interdiction du génocide en tant que norme de *jus cogens*, crée des obligations pour les États, entre autres, celle d'engager la responsabilité pénale individuelle des auteurs, ce, quel que soit le lieu où ils se trouvent. Cette obligation qui relève de la compétence universelle n'est pas d'origine conventionnelle, mais d'origine coutumière⁵⁷⁴. En effet, dans son arrêt du 11 juillet 1996, la C.I.J. déclarait que «(...) les droits et obligations consacrés par la convention [sur le génocide] sont des droits et obligations *erga omnes*. La Cour constate que l'obligation qu'a ainsi chaque État de prévenir et de

⁵⁷⁴ Ariane Roussy, *supra* note 89, à la p 27. Voir aussi, Marc Hanzelin, *supra* note 89, à la p 341.

réprimer le crime de génocide n'est pas limitée territorialement par la convention »⁵⁷⁵. En outre, en période de justice transitionnelle, les quatre mesures obligent les États à lutter contre l'impunité des crimes internationaux. Dans les contextes de crimes de génocide, cela se manifeste d'une part, par l'engagement de la responsabilité pénale individuelle des auteurs des crimes et d'autre part, par l'engagement de la responsabilité internationale de l'État.

3.1.1.1 L'adéquation entre les deux mécanismes en ex-Yougoslavie

Nous verrons qu'il existe un arrimage harmonieux d'un côté, entre les outils de la justice transitionnelle et la responsabilité pénale individuelle et de l'autre, entre ces dispositifs et la responsabilité internationale étatique. Il s'agira de montrer que l'effet conjugué des mécanismes de la justice transitionnelle que sont le droit à la vérité, le droit à la justice, le droit à la réparation et le droit aux garanties de non-répétition ont permis l'engagement des responsabilités pénale individuelle et internationale étatique pour les crimes de génocide commis tant en ex-Yougoslavie qu'au Rwanda.

3.1.1.1.1 La complémentarité avec la responsabilité pénale individuelle

Avant même la fin du conflit, l'O.N.U. crée le T.P.I.Y. en mai 1993 à la Haye au Pays Bas afin de poursuivre les présumés responsables des violations graves du droit international humanitaire, commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991⁵⁷⁶. Par la création de ce tribunal, la communauté internationale semble vouloir se racheter de sa réaction tardive face au conflit. Le Conseil de sécurité prend en charge le dossier et qualifie la situation de menace contre la paix et la sécurité internationales au sens de l'article 39 de la Charte des Nations Unies⁵⁷⁷. Jamais auparavant un organe judiciaire n'avait été institué par le Conseil de sécurité pour maintenir la paix⁵⁷⁸. Cela

⁵⁷⁵ Voir l'Avis de la C.I.J., relativement à l'arrêt *Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie*, *supra* note 79, au para 31.

⁵⁷⁶ Doc. off. NU CS/Rés./808 (1993) et Doc. O.N.U. S/RES/827 (1993).

⁵⁷⁷ Voir Doc. O.N.U. S/RES/827 (1993), notamment au Préambule.

⁵⁷⁸ Roswitha Petry, « Les tribunaux internationaux », dans Laurent Moreillon, Aude Bichovsky et Maryam Massroui (éds.), *supra* note 89, à la p 47.

fera l'objet de plusieurs interrogations. La question se posait tout d'abord de savoir quel était le fondement juridique et à la légitimité de cette institution. Ensuite, dans un contexte de transition politique, une juridiction pénale internationale était-elle l'instrument adéquat pour assurer la paix et la réconciliation? La défense avançait dans l'affaire *Tadić* les arguments suivants: elle plaidait tout d'abord que la Charte des Nations Unies n'avait jamais envisagé la possibilité pour le Conseil de sécurité d'établir un organe judiciaire. Ensuite, elle soutenait que le Conseil n'était pas représentatif de la communauté internationale et que ses résolutions n'étaient pas un fondement juridique suffisant pour créer un tribunal pénal⁵⁷⁹. À ces contestations, le T.P.I.Y. a répondu en précisant que l'article 41 de la Charte confère un large pouvoir discrétionnaire au Conseil de sécurité lui permettant de décider des mesures à prendre. En outre, selon le tribunal, ces mesures, qui peuvent être de nature économique et politique, ne sont pas exhaustives. Le Conseil de sécurité peut en prendre d'autres, dont notamment la création d'un tribunal pénal comme instrument de maintien de la paix⁵⁸⁰. Dans tous les cas, les mécanismes de justice transitionnelle exigeaient devant de telles atrocités, le droit à la vérité, le droit à la justice, le droit aux réparations et le droit aux garanties de non-répétition. Le T.P.I.Y. apparaissait alors comme une réponse légitime qui devrait apporter un certain soulagement aux victimes des crimes commis en ex-Yougoslavie. Il semblait être pour la communauté internationale la garantie pour la mise en œuvre du droit inaliénable des victimes à la justice.

Pour engager la responsabilité pénale individuelle dans ces cas de crimes de génocide, différentes situations se posaient. Il s'agissait dans certains cas, d'une complicité établie après qu'on eut prouvé que le commandant avait ordonné l'acte ou

⁵⁷⁹ *Procureur c. Tadić*, IT-94-1, T.P.I.Y., (Chambre d'appel, Jugement du 2 octobre 1995), au para 27. Voir aussi la discussion de ce sujet dans Roswitha Petry, Roswitha Petry, « Les tribunaux internationaux », dans Laurent Moreillon, Aude Bichovsky et Maryam Massrouri (éds.), *supra* note 89, aux pp 47-52.

⁵⁸⁰ *Procureur c. Tadić*, IT-94-1, T.P.I.Y., (Chambre d'appel, Jugement du 2 octobre 1995), aux para 34 et s.

qu'il avait aidé à l'accomplir⁵⁸¹. Le commandant peut aussi être responsable, quand les troupes sous sa commande ont commis des atrocités sans qu'il n'intervienne pour les en empêcher⁵⁸². Par ailleurs, la responsabilité du commandant est toujours engagée, même lorsqu'il démontre qu'il ignorait les faits⁵⁸³. Selon une opinion adoptée dans des décisions du T.P.I.Y., cette responsabilité constitue un mode de la responsabilité *sui generis*⁵⁸⁴. Le principe de responsabilité du supérieur hiérarchique peut être retracé à la fin de la Deuxième Guerre mondiale. Ainsi, dans l'affaire *Yamashita c. États-Unis*, la commission militaire des États-Unis notait que Yamashita, « était un officier avec plusieurs années d'expérience, qui avait des commandements intensifs et des devoirs sur sa troupe »⁵⁸⁵. Elle ajoutait en outre que: Yamashita a manqué d'exercer un contrôle effectif sur ses troupes tel que l'exigeaient les circonstances⁵⁸⁶. Ainsi, Yamashita a été condamné pour les actions de ses troupes. La responsabilité pénale individuelle du commandant pour génocide apparaît pour la première fois dans le Statut du T.P.I.Y. L'article 7(3) du Statut dispose que « [t]he fact that [genocide] was committed by a subordinate does not relieve his superior of criminal responsibility (...) »⁵⁸⁷.

Au début des poursuites en ex-Yougoslavie, le président serbe Slobodan Milošević, même s'il avait signé les accords de Dayton qui lui demandaient de coopérer pleinement avec le T.P.I.Y., a refusé d'exécuter les mandats d'arrêt⁵⁸⁸. Cependant, plusieurs de ses hauts responsables seront par la suite arrêtés et

⁵⁸¹ William A. Shabas, *supra* note 73, à la p 362.

⁵⁸² Voir le Protocole additionnel I, *supra* note 419, à l'Art. 86(2).

⁵⁸³ *Ibid* à l'Art. 87(1)(2)(3).

⁵⁸⁴ *Procureur c. Halilović*, IT-01-48-I, T.P.I.Y., (Chambre d'appel, Jugement du 16 novembre 2005), au para 42 et s. *Procureur c. Delić*, IT-04-83-T, T.P.I.Y., (Chambre de première instance, Jugement du 15 septembre 2008), au para 55.

⁵⁸⁵ [Notre traduction], *United States of America v. Yamashita*, (1948) 4 LRTWC 1, aux pp 36-37, *in re Yamashita*, 327 US 1(1945). Voir aussi, William A. Shabas, *supra* note 73, à la p 362.

⁵⁸⁶ *Ibid* à la p 35.

⁵⁸⁷ Statut du T.P.I.Y., *supra* note 38, à l'art. 7(3).

⁵⁸⁸ Aryeh Neier, *War Crimes: Brutality, Genocide, Terror, and the Struggle for Justice*, New York, Toronto, Times Book, 1998, à la p 11.

jugés par le T.P.I.Y. et lui-même sera finalement arrêté le 1er avril 2001 et jugé pour sa responsabilité présumée dans les crimes commis lors du conflit yougoslave. Les actes d'accusation à son encontre portaient sur sa responsabilité pénale individuelle et sur sa responsabilité pénale en tant que supérieur hiérarchique. Quant aux chefs d'accusation, ils portaient sur la violation des lois et coutumes de la guerre et le crime contre l'humanité⁵⁸⁹ et le génocide. Son procès n'ira pas toutefois jusqu'à son terme, puisqu'il mourra à la cinquième année de son procès, soit le 11 mars 2006⁵⁹⁰.

Bien que nous soyons dans un contexte transitionnel en ex-Yougoslavie, d'autres affaires pourront être jugées par le T.P.I.Y. Parmi les premières affaires relevant du crime de génocide, on peut citer tout d'abord l'affaire *Meakic et al.* (« Omarska ») du 13 février 1995⁵⁹¹. Le commandant en chef du camp d'Omarska, est accusé, entre autres, d'avoir participé avec d'autres individus à commettre le crime de génocide du 25 mai 1992 au 30 août 1992 quand les forces serbes ont regroupé et emprisonné plus de 3 000 Musulmans et Croates bosniaques de la municipalité de Prijedor en Bosnie-Herzégovine, dans des conditions inhumaines et sous la surveillance des gardiens armés⁵⁹². La deuxième affaire est celle de *Sikirica et al.* (« Keraterm ») du 21 juillet 1995⁵⁹³. Dusko Sikirica, commandant du camp de détention de Keraterm et supérieur hiérarchique de l'ensemble du personnel de ce camp, y est accusé avec d'autres personnes, de complicité dans la commission d'actes de génocide du 24 mai au 30 août 1992. Les forces serbes avaient regroupé et emprisonné illégalement plus de 3000 musulmans bosniaques et croates bosniaques de la municipalité de Prijedor en république de Bosnie-Herzégovine, dans des conditions inhumaines, et sous la

⁵⁸⁹ Zakaria Lingane, *Mémoire et génocides au XXe siècle*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2008, à la p 104.

⁵⁹⁰ *Ibid.*

⁵⁹¹ *Procureur c. Zeljko Meakic et al.*, Acte d'accusation: « Omarska », IT-95-4-I., T.P.I.Y., (Chambre de première instance, Jugement du 13 février 1995).

⁵⁹² *Ibid* aux pp 1-2 et aux para 1-5.

⁵⁹³ *Procureur c. Dusko Sikirica et al.*, Acte d'accusation: « Keraterm », IT-95-8-I., T.P.I.Y., (Chambre de première instance, Jugement du 21 juillet 1995).

surveillance de gardiens armés⁵⁹⁴. La troisième affaire est celle de *Goran Jelisić et Cesić* (« Brcko ») et date aussi du 21 juillet 1995⁵⁹⁵. Elle vise les événements entourant la prise de contrôle de la ville de Brcko en Bosnie-Herzégovine et par la suite, l'expulsion forcée et l'internement de centaines de Croates et Musulmans bosniaques au camp de Luka dans des conditions inhumaines et sous garde armée⁵⁹⁶. Une autre affaire est celle de *Mrksic, Radic, Sljivancanin et Dokmanovic* (« Hôpital de Vukovar ») du 3 avril 1996⁵⁹⁷. Cette décision concerne l'offensive militaire menée par l'Armée populaire yougoslave (J.N.A.) contre la ville de Vukovar en août 1991. En novembre 1991, plusieurs hommes se réfugièrent dans l'hôpital de Vukovar, sachant qu'une évacuation y serait organisée. Quelques jours plus tard, près de 300 hommes, principalement non serbes seront sélectionnés et transportés par autobus jusqu'à la ferme d'Ovcara pour y être battus, puis tués isolément ou en masse⁵⁹⁸. Finalement, nous avons l'affaire *Karadzic et Mladic* (« Srebrenica ») en date du 11 juillet 1996⁵⁹⁹. Dans l'ensemble de ces affaires, des milliers d'hommes musulmans ont fait l'objet d'exécutions sommaires.

Par ailleurs, dans la dernière affaire, le tribunal considère que les actes relatés lors des audiences constituent des indices satisfaisants pour conclure qu'ils ont été planifiés ou ordonnés dans une intention génocidaire⁶⁰⁰. En conséquence, le tribunal émet un

⁵⁹⁴ *Ibid* à la p 1, au para 1.

⁵⁹⁵ *Procureur c. Goran Jelisić alias « Adolf » et Ranko Cesić*, Actes d'accusation: « Brcko », IT-95-10-I., T.P.I.Y., (Chambre de première instance, Jugement du 21 juillet 1995).

⁵⁹⁶ *Ibid* aux pp 1-2 et aux para 1-2.

⁵⁹⁷ *Procureur c. Mile Mrksic, Mirowslav Radic, et Veselin Sljivancanin*, Acte d'accusation dans le cadre de l'article 61: « Hôpital de Vukovar », IT-95-13-R61., T.P.I.Y., (Chambre de première instance, Décision du 3 avril 1996) ; *Procureur c. Mile Mrksic, Mirowslav Radic, et Veselin Sljivancanin*, Audience de l'article 61, IT-95-13-R61, (Chambre de première instance, Jugement du 20 mars 1996).

⁵⁹⁸ *Procureur c. Mile Mrksic, Mirowslav Radic, et Veselin Sljivancanin*, Acte d'accusation dans le cadre de l'article 61: « Hôpital de Vukovar », IT-95-13-R61., T.P.I.Y., (Chambre de première instance, Décision du 3 avril 1996), aux pp 3-4 et aux para 5-10.

⁵⁹⁹ *Procureur c. Radovan Karadzic et Ratko Mladic*, Examen de l'acte d'accusation dans le cadre de l'article 61 du Règlement de procédure de preuve, (Décision de la Chambre de première instance), T.P.I.Y., IT-95-5-R61 et IT-95-18-R61., (Chambre de première instance, Décision du 11 juillet 1996).

⁶⁰⁰ *Ibid* à la p 61, au para 95.

mandat d'arrêt international à l'encontre de Radovan Karadzic (président et dirigeant politique de l'administration des Serbes de Bosnie et président du Parti Démocrate Serbe (S.D.S.) et de Ratko Mladic (Commandant de l'administration des Serbes de Bosnie)⁶⁰¹.

Concernant les sanctions, la convention de 1948 n'en prévoit pas de façon précise, mais elle impose aux États d'y pourvoir. Actuellement, la plupart des systèmes pénaux nationaux envisage dans leurs codes les sanctions appropriées pour le génocide. Par rapport aux tribunaux internationaux *ad hoc*, la peine de mort a été supprimée et les sanctions se limitent à la réclusion à perpétuité⁶⁰². Le T.P.I.Y. a adopté une approche individualisée des sentences. Celles-ci sont déterminées par la gravité de l'infraction⁶⁰³, le degré de responsabilité de l'accusé et les circonstances aggravantes. Dans le cas du génocide de Srebrenica, la Chambre de première instance du T.P.I.Y. a condamné *Krstić* pour sa participation au « nettoyage ethnique ». Il a été reconnu coupable de meurtre (Article 3), de génocide (Article 4) et de persécutions (Article 5) et a été condamné à 46 ans d'emprisonnement⁶⁰⁴.

Les mécanismes de justice transitionnelle ont aussi favorisé la compétence universelle pour les crimes commis en ex-Yougoslavie. Nous pouvons mentionner par exemple, le cas de *Dusko Cvjetković*⁶⁰⁵, un Serbe Bosniaque poursuivi pour crimes de guerre en Kucice par les tribunaux australiens. L'Australie avait criminalisé

⁶⁰¹ *Ibid* à la p 66 (« Dispositif »).

⁶⁰² Voir l'art. 24 du Statut du T.P.I.Y., *supra* note 38 et l'art. 101 des Règles de procédure et de preuve *supra* note 542 du T.P.I.Y. et du T.P.I.R. Voir également, William A. Schabas, « Le génocide », dans Hervé Ascensio, Emmanuel Decaux et Alain Pellet (éd.), *supra* note 53, à la p 331.

⁶⁰³ Pour une étude plus détaillée, voir entre autres, Allison Marston Danner, « Constructing a Hierarchy of Crimes in International Criminal Law Sentencing », (2001) 87 Virginia Law Review 415 ; Micaela Frulli, « Are Crimes against Humanity More serious than War Crimes? », (2001) 12 European Journal of International Law 329 ; Andrea Carcano, « Sentencing and the Gravity of the Offence in International Criminal Law », (2002) 51 International and Comparative Law Quarterly 583.

⁶⁰⁴ *Procureur c. Krstić*, IT-98-33-T, T.P.I.Y., (Chambre de première instance, Jugement du 2 août 2001), au para 727.

⁶⁰⁵ *Beschluss des Oberten Gerichtshofs*, OS 99/94-6, 13 juillet 1994, en ligne: www.ris.bka.gv.at/jus, consulté le 16 août 2013.

le génocide en adoptant le paragraphe 321 du *Strafgesetzbuch*, mais n'avait pas établi sa juridiction sur le crime. Cependant, le para 64(6) dispose que les lois pénales de l'Australie sont aussi applicables aux infractions commises dans un État étranger, sans égard à la loi de cet État, quand l'Australie est liée par l'obligation, y compris les obligations internationales, de poursuivre ces infractions⁶⁰⁶. L'Australie devait alors soit poursuivre Dusko, soit l'extrader vers la Bosnie-Herzégovine. Mais du fait de la guerre dans ce pays, l'accusé ne pouvait pas y être extradé. Finalement, l'accusé a été acquitté par les tribunaux australiens en raison du manque de preuve⁶⁰⁷.

Dans la situation de l'ex-Yougoslavie, le droit de savoir se référait au droit des familles survivantes de savoir si leur membre absent est mort, le lieu où se trouve son corps et de se voir retourner la dépouille. La garantie du droit à la justice est une façon de donner effet au droit à la vérité. Ainsi, l'Assemblée parlementaire bosniaque a voté en octobre 2004 la Loi sur les personnes disparues⁶⁰⁸. Cette Loi était l'instrument qui allait permettre de faire jaillir la vérité sur plusieurs cas de disparition. Toutefois, la vérité judiciaire qui émane des tribunaux reste toujours limitée⁶⁰⁹. C'est pourquoi, pendant que le droit à la justice était confié au T.P.I.Y., le droit à la vérité ressortait de la mission de l'*International Commission for Missing Persons* (ci-après: I.C.M.P.), une organisation internationale fondée par le président américain Bill Clinton en juillet 1996. Le T.P.I.Y. et l'I.C.M.P. travaillaient en coordination. Le tribunal réunissait les preuves de ce qui était arrivé et identifiait les présumés responsables des crimes, tandis que l'I.C.M.P. s'occupait des victimes,

⁶⁰⁶ Jan Wouters et Sten Verhoeven, *supra* note 277, à la p 197.

⁶⁰⁷ Pour plus de détails, voir Alexander Marschik, « European National Approaches to War Crimes », dans Thimothee L. H. McCormack et Gerry J. Simpson (éds.), *The Law of War Crimes: National and International Approaches*, The Hague, Netherland, Kluwer Law International, 1997, aux pp 79-81.

⁶⁰⁸ Sarah Wagner, « Identifying Srebrenica's Missing: The "Shaky Balance" of Universalism and Particularism », dans Alexander Laban Hinton (éd.), *Transitional Justice: Global Mechanism and Local Realities after Genocide and Mass Violence*, New Brunswick, New Jersey, London, Rutgers university Press, 2010, aux pp 25-48, à la p 27.

⁶⁰⁹ Priscilla B. Hayner, *supra* note 352, à la p 108. Pour la différence entre la « vérité judiciaire » et la « vérité historique », voir l'analyse de Martti Koskeniemi, « Between Impunity and Show Trials », (2002) Max Planck Yearbook of United Nations Law 6, aux pp 1-35.

attachait des noms aux restes humains qui étaient anonymes et si possible donnait des informations sur le dernier moment de la vie et de la mort de la victime⁶¹⁰. Parfois, les preuves documentaires par identification sur la base d'A.D.N. ont appuyé le travail du T.P.I.Y. en matière de mise en oeuvre de la responsabilité pénale individuelle. Le personnel de l'I.C.M.P. a été invité à donner des témoignages d'expert devant le tribunal sur plusieurs dossiers y inclus sur les victimes de Srebrenica⁶¹¹. En invoquant le rôle conjoint du T.P.I.Y. et de l'I.C.M.P., le procureur Carla Del Ponte considérait que les deux institutions participaient à la justice transitionnelle en ex-Yougoslavie et à la réparation sociale. Comme cela a été souligné précédemment, la vérité est une forme de réparation⁶¹². Aussi, l'approche intégrée du droit à la vérité, du droit à la justice, du droit aux réparations et du droit aux garanties de non-répétition a favorisé la poursuite en justice des criminels et à l'engagement de leur responsabilité pénale individuelle. En encourageant les témoins à venir témoigner publiquement face à leurs anciens bourreaux, le tribunal travaillait non seulement à l'établissement d'une certaine vérité factuelle qui offrirait aux victimes une forme de guérison⁶¹³, mais permettait d'engager la responsabilité pénale individuelle des criminels.

Une étude menée par le Centre International de criminologie comparée⁶¹⁴ sur le droit à la réparation souligne l'existence de certains besoins essentiels communs à toutes les victimes. Il s'agit des besoins de recevoir l'information, du suivi médical, émotionnel et concret, des réparations, une protection et d'être inclus dans le processus de justice criminelle⁶¹⁵. Pour Priscilla Hayner, les réparations doivent porter sur les aspects

⁶¹⁰ Sarah Wagner, *supra* note 608, à la p 29.

⁶¹¹ *Ibid.*

⁶¹² Rapport de l'experte indépendante chargé de mettre à jour *l'Ensemble des principes pour la lutte contre l'impunité*, Diane Orentlicher, *supra* note 61, à la p 16, au Principe 34.

⁶¹³ Kora Andrieu, *supra* note 245, à la p 89.

⁶¹⁴ Centre international de criminologie comparé de l'Université de Montréal, voir <http://www.cicc.umontreal.ca/en/>

⁶¹⁵ Jo-Anne Wemmers (dir.), *Reparation and the International Criminal Court: Meeting the needs of victims*, Montréal, International Center of Comparative Criminology, Université de Montréal, 2006, à la p 6.

physique, psychologique et économique de la victime⁶¹⁶. Il faut que la victime ait le sentiment que la justice a été rendue et qu'elle a obtenu réparation de son préjudice. Pour cela, l'engagement de la responsabilité pénale individuelle occupe une place centrale. Mais la question se pose souvent de savoir qui doit être considéré comme victime. Dans le contexte du Pérou, la question s'était posée de déterminer si les membres de certains groupes que le public considérait comme des "terroristes", pouvaient être considérés comme des victimes et bénéficier des mesures de réparation. Après un long débat, le gouvernement a finalement adopté une loi disposant que « [m]embers of subversive organizations are not considered victim » et ne pouvaient donc pas bénéficier du programme de réparation⁶¹⁷. La conformité d'une telle mesure au droit international peut être contestable. En cas de commission de crimes de génocide, la question se pose de savoir si les réparations doivent se faire seulement au niveau individuel ou si elles doivent également être mises en œuvre au sein des communautés ou à un niveau plus collectif. Le génocide étant un crime qui affecte toute une communauté, on pourrait dire que dans un tel contexte tout le monde est victime dans une certaine mesure. Ainsi, au Maroc, la Commission de réconciliation et d'équité de 2004 a présenté une approche intégrée des mesures de réparation dans laquelle les poursuites avaient toute leur place. Ces mesures portaient tant sur le niveau individuel, collectif, matériel que symbolique, après une consultation avec les victimes et les organisations de défense des droits de la personne⁶¹⁸. Une telle approche, à condition peut-être de dire toute la vérité, pourrait bien être pertinente dans les situations de commission de crimes de masse comme le génocide. Toutefois, l'approche de réparation communautaire a été critiquée au Pérou, où les victimes considéraient qu'il y avait confusion entre les programmes de

⁶¹⁶ Priscilla B. Hayner, *supra* note 352, à la p 165.

⁶¹⁷ Voir la Loi n° 28, 592, Pérou, Art 4, « Exclusion », 29 juillet 2005. Voir aussi Lisa J. Laplante, « The Law of Remedies and the Clean Hands Doctrine: Exclusionary Reparation Policies In Peru's Political Transition », (2007) *American University International Law Review* 23, aux pp 51-90.

⁶¹⁸ Voir Veerle Opgenhaffen et Marc Freeman, « Transitional Justice in Morocco: A Progress Report », *International Center for Transitional Justice*, November 2005. Voir également, Priscilla B. Hayner, *supra* note 352, à la p 172.

réparation et les projets de développement économique qui sont selon eux, une responsabilité séparée et indépendante pesant sur l'État⁶¹⁹. Il est donc important que les mesures de réparation cherchent autant à réparer les souffrances dues à la guerre qu'à mettre en œuvre des projets de développement qui n'affecteront pas directement les victimes.

Pour ce qui est des réparations auprès du T.P.I.Y., les propos d'Antoine Garapon illustrent bien ce qui y prévalait. Il souligne qu'« [a]u T.P.I., les victimes n'interviennent pas en tant que telles mais comme témoins à charge ou à décharge. Celles-ci, en effet, n'ayant pas qualité de partie au procès, ne peuvent donc saisir la juridiction, ni demander réparation de leur préjudice, ni de surcroît constituer d'association »⁶²⁰. Cependant, même en leur qualité de témoin éventuel, les victimes n'étaient pas toujours dépouillées de toutes mesures de réparation⁶²¹. Devant le T.P.I.Y., les programmes de réparation se trouvent organisés au *Règlement de procédure et de preuve*, plus précisément aux articles 105 et 106⁶²². Ces mesures de réparation déjà présentées précédemment sont de deux ordres: la restitution et l'indemnisation. L'Article 105 du Statut du T.P.I.Y. dispose que « la Chambre de première instance doit, sur requête du Procureur, ou peut, d'office, tenir une audience spéciale pour déterminer les conditions spécifiques dans lesquelles devra être restitué le bien en question ou le produit de son aliénation ». Pour ce qui est de l'indemnisation, l'article 106 du Statut du T.P.I.Y., précise que « [l]a victime ou ses ayants droit peuvent, conformément à la législation nationale applicable, intenter une action devant une juridiction nationale ou toute autre institution compétente, pour obtenir réparation du préjudice ». On voit que pour l'indemnisation, le T.P.I.Y. renvoyait en réalité les victimes devant les autorités de l'ex-Yougoslavie pour obtenir

⁶¹⁹ Lisa J. Laplante, « On the Indivisibility of Rights: Truth Commissions, Reparations and the Right to Development », (2007) 10 Yale Human Rights and Development Law Journal 141, à la p 159.

⁶²⁰ Antoine Garapon, *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner pour une justice internationale*, Paris, Odile Jacob, 2002, à la p 346.

⁶²¹ Laura Scomparin, *supra* note 541 à la p 338.

⁶²² T.P.I.Y., *Règlement de procédure et de preuve*, *supra* note 542.

la réparation des préjudices subis. Même si une telle démarche peut être critiquée à bien des égards comme n'offrant que des avenues incertaines aux victimes pour la réparation des dommages subis, les canaux nationaux étaient tout de même encouragés et elles pouvaient s'en servir pour obtenir gain de cause. Même si matériellement et financièrement, le droit à la réparation des victimes auprès du T.P.I.Y. était presque inexistant, l'engagement de la responsabilité pénale individuelle était une forme de réparation présente en période transitionnelle. Qu'en est-il de la responsabilité internationale étatique?

3.1.1.1.2 La compléantarité avec la responsabilité internationale étatique

Un contexte de justice transitionnelle n'exonère pas l'État de sa responsabilité internationale lorsque des crimes de génocide sont commis sur son territoire. En ex-Yougoslavie, les mécanismes de justice transitionnelle ont contribué à la mise en œuvre de cette responsabilité étatique. Il ne s'agit toutefois pas d'une responsabilité ordinaire, mais plutôt d'une responsabilité découlant de la participation de l'État à un crime international. Dès lors, il se pose la question de savoir si un État peut commettre un crime? Nous apporterons tout d'abord des éléments de réponse à cette interrogation (3.1.1.1.2.1), avant d'exposer la détermination de la responsabilité internationale étatique pour crimes de génocide d'une part, selon l'approche de la Commission internationale d'enquête sur le Darfour (3.1.1.1.2.2) et d'autre part, selon celle de la C.I.J. dans le contexte de l'ex-Yougoslavie (3.1.1.1.2.3).

3.1.1.1.2.1 La notion de « crime d'État » en droit international

Il est un vieux débat à savoir si un État peut commettre un crime, incluant le crime de génocide. Après le jugement de Nuremberg qui affirmait que « ce sont les individus qui commettent des crimes et non des entités abstraites que sont les États »⁶²³, la question a été confiée à la C.D.I. de déterminer si les « crimes d'État » tombaient dans

⁶²³ *France et al. c. Göring et al.*, (1946) 22 T.M.I 203, 13 I.L.R 203. Le texte est reproduit dans (1945) 39 American Journal of International Law, Supplément, à la p 257.

le champ de la « responsabilité étatique », mais elle a n'y apporta pas de réponse⁶²⁴. C'est la C.I.J. qui trancha la question en concluant que les États peuvent être tenus responsable pour avoir participé à du crime de génocide au regard de l'article 9 de la Convention de 1948. La Cour distingue les affirmations d'ordre général de l'article I qui précise que les États « s'engagent à prévenir et à punir » le crime de génocide et les obligations établies aux articles V à VII concernant la poursuite du génocide, l'adoption d'une législation effective, la coopération en vue de l'extradition. La Cour souligne que l'article I de la Convention n'est pas exhortatif ou préambulaire, mais qu'en plus de l'obligation de punir, il y a une obligation de prévenir⁶²⁵. Dans cette même veine, des auteurs soutiennent qu'un État peut commettre des crimes, mais à travers les individus⁶²⁶.

Toutefois, la théorie du crime d'État soulève des interrogations. En effet, il se pose la question de savoir comment un État peut-il commettre un crime, puisqu'il est une entité abstraite. La difficulté devient importante lorsqu'il s'agit d'un crime de génocide, notamment en raison de l'intention spécifique qui caractérise cette infraction. Comment peut-on déterminer en réalité cette intention spécifique d'un État? Depuis l'arrêt de la Cour permanente de Justice internationale (ci-après: C.P.J.I.) relatif aux Colons d'origine allemande en Pologne en 1925, il est reconnu que l'État n'agit seulement qu'à travers ses agents et ses représentants⁶²⁷. Selon Dupuis, « l'intention est essentiellement individuelle et est dans un sens

⁶²⁴ William A. Schabas, « Genocide and the International Court of Justice: Finally, a Duty to Prevent the Crime of Crimes », (2007) 2:2 *Genocide Studies and Prevention* 101, à la p 106.

⁶²⁵ Arrêt sur le génocide, *supra* note 102, au para 162.

⁶²⁶ Alain Pellet, « Can a State Commit a Crime? Definitely, Yes! », (1999) 10 *European Journal of International Law* 425, à la p 433. Voir aussi, Frédéric Megret, « Le renouveau de la notion de crime d'État devant la Cour interaméricaine: San José reprend le flambeau abandonné à Genève et néglige à la Haye? », dans Ludovic Hennebel (dir.), *Le particularisme interaméricain*, En l'honneur du 40e anniversaire de la Convention américaine des droits de l'Homme, Paris, A. Pedone, 2009, aux pp 313-345. Rafaëlle Maison, *La responsabilité individuelle pour crime d'État en droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2004.

⁶²⁷ Alain Pellet, *supra* note 626. Voir aussi, Marko Milanovic, « State Responsibility for Genocide », (2006) 17 *European Journal of International Law* 553, à la page 562, il met l'emphasis sur le fait que : « [a] State can do nothing by itself – it can only act through individuals, who would in the overwhelming majority cases be its *de jure* organs ».

communiquée à l'État [...] »⁶²⁸. Dans l'arrêt sur le génocide, la Serbie avait avancé un certain nombre d'arguments à la Cour sur le sujet. Selon le premier, elle soutenait qu'« [...] en vertu d'un principe généralement établi, le droit international ne connaît pas de responsabilité pénale de l'État, et [que] la convention sur le génocide ne comporte pas de mécanisme permettant d'en établir une »⁶²⁹. Elle attirait en outre l'attention de la Cour « [...] sur le rejet par la C.D.I., lors de la rédaction du projet final de ses articles sur la responsabilité de l'État, du concept de crime international — décision qui traduit les réactions résolument négatives d'un certain nombre d'États face à toute notion de ce type »⁶³⁰. La Cour a fait remarquer que « les obligations en cause en l'espèce telles qu'elles résultent des termes de la Convention et les responsabilités qui découleraient pour les États de la violation de telles obligations sont des obligations et des responsabilités relevant du droit international, et ne sont pas d'ordre pénal »⁶³¹. Selon un deuxième argument, la Serbie défendait que « la nature de la Convention est telle que serait exclue de son champ d'application toute responsabilité d'État pour génocide ou pour les autres actes énumérés »⁶³².

En réponse à cet argument, la C.I.J. a avancé qu'elle « (...) est consciente du fait que la phrase célèbre du jugement de Nuremberg selon laquelle « [c]e sont des hommes, et non des entités abstraites, qui commettent les crimes... » (...) pourrait être invoquée à l'appui de la thèse selon laquelle toute violation des obligations énoncées à l'article III ne peut être que le fait d'individus »⁶³³. Toutefois, la C.I.J. précise qu'« [i]l est admis, depuis longtemps, que le droit international impose des devoirs et des responsabilités aux personnes physiques » (...) le texte anglais comporte les termes « ainsi qu'aux États », qui n'apparaissent pas dans le texte français du jugement⁶³⁴. La

⁶²⁸ Dupuis cité par Andrew B. Loewenstein et Stephen A. Kostas, *supra* note 163, à la p 846.

⁶²⁹ Arrêt sur le génocide, *supra* note 102 au para 170.

⁶³⁰ *Ibid.*

⁶³¹ *Ibid.*

⁶³² *Ibid* au para 171.

⁶³³ *Ibid* au para. 172.

⁶³⁴ *Ibid.*

Cour relève ainsi que la dualité de responsabilité continue d'être une constance du droit international⁶³⁵. Autrement dit, la Cour reconnaît la responsabilité de l'État pour crime de génocide, même si cette responsabilité n'est pas de nature pénale. Elle cite la C.D.I. selon laquelle « [d]ans le cas de crimes de droit international commis par des agents de l'État, [comme le génocide par exemple,] il arrivera souvent que ce soit l'État lui-même qui soit responsable pour avoir commis les faits en cause ou pour ne pas les avoir empêchés ou réprimés »⁶³⁶.

S'il est admis que l'État n'agit que par le biais de ceux à qui il a donné le mandat d'agir en son nom, comment déterminer sa responsabilité pour le crime de génocide? Suffit-il à l'État de mener une politique visant le génocide ou faut-il seulement s'en tenir aux comportements illicites de ses agents? Sur ces questions, la Commission internationale d'enquête sur le Darfour et la C.I.J. semblent s'opposer dans leurs approches respectives. Il nous semble pertinent d'exposer ici l'approche de la Commission internationale d'enquête dans le but de la mettre en contraste avec l'approche de la C.I.J., et afin de mieux comprendre cette dernière approche.

3.1.1.1.2.2 L'approche de la Commission d'enquête sur le Darfour

Le conflit armé au Darfour a commencé au début de l'année 2003 et s'est intensifié jusqu'à fin 2004 faisant plus de 350 000 morts, 2 millions de déplacés et 200 000 réfugiés au Tchad⁶³⁷. À la suite de ces violations massives des droits de la personne, le Conseil de sécurité des Nations Unies, mit en place une Commission internationale d'enquête pour entre autres déterminer si « des actes de génocide ont eu lieu et pour identifier les auteurs de ces violations afin de s'assurer que les responsables aient à

⁶³⁵ *Ibid* au para. 173. La Cour se fonde notamment sur l'article 25(4) du Statut de la CPI, ainsi que sur l'article 58 des Articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État, *supra* note 291.

⁶³⁶ Arrêt sur le génocide, *supra*, note 9 au para. 173. Voir aussi les articles sur la responsabilité de l'État, *supra* note 293, commentaire sur l'article 58, au para 3.

⁶³⁷ Jean-François Thibault, *supra* note 259, à la p 2.

répondre de leurs actes, [...] »⁶³⁸. Comme la résolution 1564 le souligne, le mandat qui a été accordé à la Commission internationale d'enquête était de qualifier les crimes qui ont été commis au Darfour, de « déterminer si des actes de génocide ont eu lieu et d'identifier les auteurs de ces violations afin de s'assurer que les responsables aient à répondre de leur actes ». Pour les crimes de génocide, il s'agissait donc de déterminer les deux niveaux de responsabilité à savoir la responsabilité individuelle et la responsabilité internationale étatique. La Commission a déposé son rapport le 25 janvier 2005⁶³⁹. À la lecture de ce dernier, il semble que la Commission se soit limitée exclusivement aux leaders soudanais pour analyser la responsabilité étatique. Elle n'a cherché à déterminer que si les autorités soudanaises avaient mené une politique génocidaire ou si elles avaient élaboré des plans visant ce but. Elle déclarait dans les conclusions de son Rapport que « [...] le Gouvernement soudanais n'a pas poursuivi une politique de génocide »⁶⁴⁰. Mais, que les deux éléments constitutifs (*actus reus* et le *mens rea*) du génocide pourraient être déduits des violations flagrantes des Droits de l'Homme commis par les forces gouvernementales et les milices sous leur contrôle⁶⁴¹. Le Rapport souligne toutefois, qu'« un élément crucial semble faire défaut, du moins pour ce qui est des autorités gouvernementales centrales : l'intention génocide »⁶⁴².

La Commission fait remarquer par ailleurs qu' :

[o]n ne doit pas exclure la possibilité que, dans certains cas, des individus isolés, y compris des officiels, puissent avoir eu une intention génocide ou, en d'autres termes, avoir attaqué les victimes avec l'intention spécifique d'annihiler, en partie, un groupe perçu comme un groupe ethnique hostile⁶⁴³.

⁶³⁸ Résolution 1564 du Conseil de sécurité du 18 septembre 2004, S/RES/1564 (2004) au para 12.

⁶³⁹ Rapport sur le Darfour *supra* note 143.

⁶⁴⁰ *Ibid* au para 518.

⁶⁴¹ *Ibid.*

⁶⁴² *Ibid.*

⁶⁴³ *Ibid* au para 520.

Un certain nombre d'inquiétudes sont posées par l'approche de la Commission internationale sur le Darfour. En effet, sur la base du mandat qui lui a été confié, la Commission identifie les crimes qui ont été commis au Darfour et leurs auteurs présumés dans le but d'engager éventuellement leur responsabilité pénale individuelle. Il s'agit de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, commis par des membres du gouvernement soudanais, des membres des *Janjaouid*, des membres de groupes rebelles et des officiers d'une armée étrangère ayant agi à titre personnel⁶⁴⁴. Toutefois, pour ce qui est du crime de génocide, la Commission ne pose pas que l'État soudanais puisse engager sa responsabilité pour ce crime, bien qu'elle affirme, qu'on ne peut « [...] exclure la possibilité que, dans certains cas, des individus isolés, y compris des officiels, puissent avoir eu une intention génocide [...] »⁶⁴⁵. Dans son analyse, la Commission se fonde sur le fait que le gouvernement n'a conduit aucune politique de génocide et n'a nourri à aucun moment une intention génocidaire⁶⁴⁶. Cette approche de la Commission est critiquable à bien des égards. En effet, outre le fait qu'elle n'identifie pas des personnes dont la responsabilité pénale individuelle pour ce crime pourrait être engagées, elle offre un échappatoire à l'État soudanais en prenant seulement pour critère de la responsabilité étatique, la politique gouvernementale. Doit-on rechercher l'intention génocidaire pour le « génocide d'État » en se basant seulement sur la politique gouvernementale, ou doit-on en considérer les agents *de jure* ou *de facto* agissant en son nom, comme le siège éventuel d'une telle intention? Si pour certains auteurs, cette intention se trouve forcément dans la politique menée par les autorités gouvernementale⁶⁴⁷, d'autres en revanche, considèrent que cette intention doit seulement être recherchée dans les

⁶⁴⁴ *Ibid* aux pp 507-522.

⁶⁴⁵ Rapport sur le Darfour, *supra* note 143, au para 520.

⁶⁴⁶ *Ibid* au para 518. Voir également, Andrew B. Loewenstein and Stephen A. Kostas, *supra* note 163, à la p 848.

⁶⁴⁷ Voir Paola Gaeta, « On What Condition Can a State Be Held Responsible for Genocide? », (2007) 18:4 *European Journal of International Law* 631. Pour une étude des positions pour et contre cette thèse, voir Antonio Cassese, « Is Genocidal Policy a Requirement for the Crime of Genocide? », dans Paola Gaeta (éd.), *The UN Genocide Convention - A Commentary*, Oxford, Oxford university Press, 2009, aux pp 128-136.

actions des agents agissant pour le compte de l'État⁶⁴⁸. La Commission aurait dû poursuivre son analyse en concluant que l'État soudanais pouvait engager sa responsabilité internationale pour crimes de génocide, par le fait que certains de ses agents ont participé aux massacres avec une intention génocidaire. L'absence de politique génocidaire dégage-t-elle l'État soudanais de toute responsabilité internationale pour génocide, quand bien même il est reconnu que ses troupes ont participé à des massacres avec une intention génocidaire? La question mérite une réflexion poussée, car dans la situation de Srebrenica, qui semble être très similaire du cas du Darfour, le T.P.I.Y. a adopté une approche différente, et a abouti à la conclusion qu'il y avait eu un génocide, bien que le gouvernement Serbe n'ait pas conduit une politique génocidaire. Dans l'affaire *Radislav Krstić*, le T.P.I.Y. a souligné que le génocide ne nécessitait pas une préméditation sur une long période, mais que celui-ci pouvait être décidé au cours d'une opération⁶⁴⁹. Par rapport aux crimes de génocide de Srebrenica de juillet 1995, la C.I.J. a repris cette approche du T.P.I.Y. en faisant remarquer qu'elle ne voit aucune raison de s'écarter de la conclusion du T.P.I.Y. selon laquelle, l'intention spécifique (*dolus specialis*) requise pour le crime de génocide est constituée seulement après le changement d'objectif militaire et la prise de Srebrenica le 12 ou le 13 juillet⁶⁵⁰.

Au regard de ce qui précède, la C.I.J. considère donc que le fait de tuer tous les hommes de Srebrenica était la manifestation de l'intention génocidaire nécessaire pour que les massacres puissent être qualifiés de génocide. Une telle approche est toutefois critiquée par certains courants de la doctrine⁶⁵¹. Le fait de tuer tous les

⁶⁴⁸ Cette position est celle de la C.I.J., voir l'Arrêt sur le génocide, *supra* note 102, aux para 384-397.

⁶⁴⁹ Affaire *Radislav Krstić*, IT-98-33-T, T.P.I.Y., (Chambre de première instance, jugement du 2 août 2001), au para 572. Voir également l'affaire *Kabanda*, ICTR-97-23-S., T.P.I.R., (Chambre d'appel, Jugement du 4 Septembre 1998), au para 16.

⁶⁵⁰ Arrêt sur le génocide, *supra* note 102, au para 295.

⁶⁵¹ Voir les développements de Karine Bannelier et Théodore Christakis, « Qu'est-ce qu'un génocide et quand un État est-il responsable pour ce crime? Analyse de l'arrêt rendu par la C.I.J dans l'affaire Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro (27 février 2007) », (2007) 1 Revue Belge de Droit International 257, aux pp. 257-299.

hommes est-il une intention de détruire en tout ou en partie les musulmans de Srebrenica? Si le T.P.I.Y. et la C.I.J. y ont répondu par l'affirmative⁶⁵², la Commission d'enquête sur le Darfour a opté plutôt pour la négative. Pour elle :

l'intention des assaillants n'était pas de détruire un groupe ethnique comme tel, ou une partie du groupe. Leur intention était de tuer tous les hommes qu'ils considéraient être des rebelles, ainsi que d'expulser par la force toute la population de façon à vider les villages et à empêcher des rebelles de se cacher parmi la population locale ou d'obtenir d'elle un soutien⁶⁵³.

Il nous semble que la Commission sur le Darfour aurait dû prendre en compte l'approche que le T.P.I.Y. a adopté en ce concerne les massacres de Srebrenica. Elle aurait dû examiner si l'exécution des hommes des trois principales tribus qui sont les *Four*, les *Massalits* et les *Zaghawa* était constitutive de génocide afin de déterminer la responsabilité internationale éventuelle du Soudan. Elle aurait dû appliquer dans ces situations, les règles de la responsabilité étatique pour fait internationalement illicite, pour engager éventuellement la responsabilité internationale du Soudan. C'est cette approche qui a été adoptée par la C.I.J. dans son arrêt *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro* du 26 février 2007.

3.1.1.1.2.3 L'approche de la Cour Internationale de Justice

Les exigences des droits de justice transitionnelle à savoir, le droit à la vérité, le droit à la justice, le droit aux réparations et le droit aux garanties de non-répétition, ont conduit la Bosnie à saisir la C.I.J., même en période transitionnelle, pour engager la responsabilité internationale de la Serbie pour crimes de génocide. Pour répondre à la question de savoir si la Serbie était responsable de génocide, la C.I.J. dans son arrêt du 26 février 2007⁶⁵⁴, s'est d'abord penché sur la responsabilité de la Serbie pour son manquement de punir les auteurs du génocide de Srebrenica. À ce titre, la Cour a précisé que la Serbie avait violé et continuait de violer les obligations qui lui

⁶⁵² Arrêt sur le génocide, *supra* note 102, au para 295.

⁶⁵³ Rapport sur le Darfour, *supra* note 143, au para 514.

⁶⁵⁴ Arrêt sur le génocide, *supra* note 102.

incombaient en vertu de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, « en manquant et en continuant à manquer à son obligation de punir les actes de génocide ou autres actes prohibés par la convention » et « en manquant et en continuant à manquer à son obligation de transférer au Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie les personnes accusées de génocide ou d'autres actes prohibés par la convention et de coopérer pleinement avec ledit Tribunal »⁶⁵⁵ La Serbie engageait ainsi sa responsabilité internationale étatique pour ces manquements.

En outre, la C.I.J. s'est aussi exprimé sur la question de savoir si la Serbie était responsable du génocide commis à Srebrenica du fait de ses agents *de jure* ou *de facto*. Sur ce point, la Cour a réaffirmé son approche établie depuis *Nicaragua*⁶⁵⁶ pour déterminer la responsabilité étatique pour fait internationalement illicite. La Cour s'est interrogé notamment par le fait de savoir « si les actes commis à Srebrenica l'ont été par des organes de l'État défendeur, c'est-à-dire par des personnes ou entités dont le comportement est nécessairement attribuable à ce dernier, parce qu'elles sont les instruments mêmes de son action »⁶⁵⁷. Pour la Cour, la responsabilité internationale étatique doit être mesurée à la lumière de l'engagement des agents de l'État aux actes criminels. La Cour rappelle à cet égard, que « le comportement de tout organe de l'État est considéré comme un fait de l'État selon le droit international, et engage par suite la responsabilité dudit État s'il constitue une violation d'une obligation internationale qui s'impose à ce dernier »⁶⁵⁸. Aussi, précise t-elle que cette règle relève du droit international coutumier⁶⁵⁹.

On comprend alors que pour déterminer la responsabilité de la Serbie dans le génocide de Srebrenica, la C.I.J. n'a pas privilégié la mise en œuvre par les autorités

⁶⁵⁵ *Ibid* au para 5.

⁶⁵⁶ *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, *supra* note 411, aux pp 62-64.

⁶⁵⁷ Arrêt sur le génocide, *supra* note 102, au para 384.

⁶⁵⁸ *Ibid* au para 385.

⁶⁵⁹ *Ibid*.

serbe, d'une politique visant à tuer tous les hommes de Srebrenica, contrairement à l'approche adoptée par la Commission d'enquête sur le Darfour. Elle s'est plus portée vers ses critères traditionnels de détermination de la responsabilité étatique pour fait internationalement illicite. La Cour a ainsi montré clairement qu'un État est responsable pour crime de génocide, lorsque ses agents ont participé à la commission de ce crime. Elle souligne que « si un organe de l'État ou une personne ou un groupe de personnes dont les actes sont juridiquement attribuables à l'État en question commet l'un des actes prohibés par l'article III de la Convention, la responsabilité internationale de celui-ci est engagée »⁶⁶⁰.

Dans l'arrêt du 26 février 2007⁶⁶¹, la C.I.J. a pris position concernant le débat sur la question de savoir dans quelle mesure des plans ou une politique étaient des éléments à prendre en compte dans la détermination de la responsabilité étatique. En rappelant l'arrêt *Jelisić*⁶⁶², la Cour précise que le T.P.I.Y. a examiné l'existence d'une politique ou d'un plan seulement dans le but de prouver l'intention de l'accusé, mais n'a pas fait de ce critère, un élément indépendant du crime de génocide⁶⁶³. On ne peut donc se fonder sur ce seul critère à lui seul pour déterminer la responsabilité étatique ou individuelle pour crime de génocide. *A contrario*, le jugement de la C.I.J. a établi clairement le fait que l'existence d'un plan ou d'une politique n'est pas nécessaire pour engager la responsabilité individuelle pour crime de génocide⁶⁶⁴.

Pour la C.I.J., en l'absence d'une *lex specialis*, les règles relatives à l'attribution d'un comportement internationalement illicite à un État, doivent être celles à considérer

⁶⁶⁰ Arrêt sur le génocide, *supra* note 102, au para. 173.

⁶⁶¹ Arrêt sur le génocide, *supra* note 102.

⁶⁶² *Procureur c. Jelisić*, IT-95-10-A, T.P.I.Y., (Chambre d'appel, Jugement du 5 juillet 2001), au para 48, « The Appeals Chamber is of the opinion that the existence of a plan or policy is not a legal ingredient of the crime. However, in the context of proving specific intent, the existence of a plan or policy may become an important factor in most cases. The evidence may be consistent with the existence of a plan or policy, or may even show such existence, and the existence of a plan or policy may facilitate proof of the crime ».

⁶⁶³ Arrêt sur le génocide, *supra* note 102, au para 373. Voir également, Andrew B. Loewenstein et Stephen A. Kostas, *supra* note 163, à la p 853.

⁶⁶⁴ Arrêt sur le génocide, *supra* note 102, au para 373.

dans la commission d'un génocide par des organes de l'État ou par des personnes autres que ses propres agents ayant agi en tout ou en partie, selon ses instructions ou sous sa direction ou sous son contrôle effectif⁶⁶⁵. Pour ce faire, la Cour se fonde sur l'article 4 des Articles de la C.D.I. pour déterminer si les « personnes ou entités » ont le statut d'organes de l'État. Toutefois, en rappelant sa jurisprudence *Nicaragua*⁶⁶⁶, la Cour fait remarquer que :

une personne, un groupe de personnes ou une entité quelconque peuvent être assimilés — aux fins de la mise en œuvre de la responsabilité internationale — à un organe de l'État même si une telle qualification ne résulte pas du droit interne, lorsque cette personne, ce groupe ou cette entité agit en fait sous la « totale dépendance » de l'État, dont il n'est, en somme, qu'un simple instrument⁶⁶⁷.

De plus, la Cour a voulu comprendre si, dans les circonstances particulières des événements de Srebrenica, les auteurs des actes de génocide ont agi selon les instructions ou sous la direction ou le contrôle du défendeur. Pour elle, cette interrogation était importante dans la mesure où si la réponse était positive, il « en résulterait seulement que la responsabilité internationale de la RFY serait engagée à raison du comportement de ceux de ses propres organes qui ont donné les instructions ou exercé le contrôle ayant entraîné la commission d'actes contraires à ses obligations internationales »⁶⁶⁸. La Cour a appliqué l'article 8 des Articles de la C.D.I. pour déterminer le contrôle effectif⁶⁶⁹. Au regard du raisonnement de la C.I.J., elle a été fidèle à son approche adoptée depuis l'arrêt *Nicaragua*⁶⁷⁰, pour déterminer la responsabilité internationale étatique. Elle réaffirme ainsi que c'est le contrôle effectif qui doit être utilisé pour déterminer le degré de relation entre un État et des

⁶⁶⁵ *Ibid* au para 401.

⁶⁶⁶ Arrêt *Nicaragua*, *supra* note 411, aux pp 62-64.

⁶⁶⁷ Arrêt sur le génocide, *supra* note 102, au para 392.

⁶⁶⁸ *Ibid*, au para 397.

⁶⁶⁹ D'après l'article 8 intitulé, *Comportement sous la direction ou le contrôle de l'État*, « Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes, en adoptant ce comportement, agit en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet État. » Voir l'Arrêt sur le génocide, *supra* note 102, au para 398.

⁶⁷⁰ Arrêt *Nicaragua*, *supra* note 411, aux pp 62-64.

« personnes ou entités » *de facto* agissant pour son compte. Elle souligne en effet qu'« aucune des informations portées à la connaissance de la Cour ne permet de tenir pour établi que des organes du défendeur, ou des personnes agissant selon ses instructions ou sous son contrôle effectif, auraient incité directement et publiquement à commettre le génocide de Srebrenica »⁶⁷¹.

D'un autre côté, la Cour n'a pas adhéré au critère du contrôle global, précédemment adopté dans l'affaire *Tadić*⁶⁷². Pour elle, dans cette affaire, le T.P.I.Y. a utilisé le contrôle global, seulement pour résoudre la question de savoir si le conflit armé présentait ou non un caractère international⁶⁷³. La Cour fait remarquer qu'à cet égard, la position du T.P.I.Y. n'emporte pas conviction⁶⁷⁴. La Cour précise qu'« [I]l faut ensuite remarquer que le critère du "contrôle global" présente le défaut majeur d'étendre le champ de la responsabilité des États bien au-delà du principe fondamental qui gouverne le droit de la responsabilité internationale »⁶⁷⁵.

La C.I.J. rappelle toutefois que : « le T.P.I.Y. n'était pas appelé dans l'affaire *Tadić*, et qu'il n'est pas appelé en règle générale, à se prononcer sur des questions de responsabilité internationale des États, sa juridiction étant de nature pénale et ne s'exerçant qu'à l'égard des individus »⁶⁷⁶. La Cour manifeste ainsi son autorité en ce qui concerne l'interprétation du droit international en matière de responsabilité étatique. Sur ce, elle réaffirme sa jurisprudence de *Nicaragua*⁶⁷⁷ en se fondant exclusivement sur le comportement internationalement illicite de l'État du fait de ses

⁶⁷¹ Arrêt sur le génocide, *supra* note 102, au para 417.

⁶⁷² *Le Procureur c. Dusko Tadić*, IT-94-I-A, T.P.I.Y., (Chambre d'Appel, Jugement du 15 juillet 1999), au para 172-237.

⁶⁷³ Arrêt sur le génocide, *supra* note 102, au para 404.

⁶⁷⁴ *Ibid.*

⁶⁷⁵ Voir *Ibid* au para 406.

⁶⁷⁶ Arrêt sur le génocide, *supra* note 102, au para 403.

⁶⁷⁷ Arrêt *Nicaragua*, *supra* note 411, aux pp 62-64. Pour une discussion de l'arrêt de la C.I.J. sur cette question, voir Antonio Cassese, « The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia », (2007) 18:4 *European Journal of International Law* 649.

agents *de jure* ou *de facto*, pour déterminer la responsabilité étatique, contrairement à l'approche de la Commission internationale sur le Darfour.

Les développements précédents nous montrent que l'effet conjugué des mécanismes de justice transitionnelle n'est pas forcément antinomique avec les principes de responsabilité internationale étatique en période de transition. Au contraire, ces mécanismes contribuent à l'engagement de cette responsabilité. Qu'en est-il dans le contexte du Rwanda?

3.1.2 L'adéquation dans le contexte du Rwanda

Le génocide rwandais a fait près de 800 000 Tutsi et Hutu modérés⁶⁷⁸. Ce génocide va interpeler la communauté internationale qui prend la résolution de poursuivre et juger les présumés auteurs des crimes de masse commis. Cependant, plusieurs questions se posaient. D'abord, étant donné la participation d'un si grand nombre de personnes au génocide, comment engager la responsabilité pénale individuelle de tout ce monde dans un contexte transitionnel? Ensuite, les mécanismes de justice transitionnelle pouvaient-ils contribuer à l'engagement de cette responsabilité?

3.1.2.1 L'adéquation entre les deux mécanismes au Rwanda

Nous étudierons cette complémentarité tant du point de vue de la responsabilité pénale individuelle que du point de vue de la responsabilité internationale étatique.

3.1.2.1.1 La complémentarité avec la responsabilité pénale individuelle

La justice transitionnelle nécessite une approche holistique des quatre mesures que sont le droit à la justice, le droit à la vérité, le droit aux réparations et le droit aux garanties de non-répétition, pour lutter contre l'impunité des crimes internationaux, dont le génocide en particulier. Voyons donc comment ces mesures ont favorisé la

⁶⁷⁸ *Ibid* aux pp 111-112.

mise en œuvre de la responsabilité pénale individuelle pour le crime de génocide au Rwanda.

À la suite de l'atrocité des crimes commis au Rwanda, le Conseil de sécurité adopta une résolution le 8 novembre 1994 sur la base du chapitre VII de la Charte des Nations Unies, pourpoursuivre en justice les présumés responsables des crimes qui sont commis⁶⁷⁹. Il créa le T.P.I.R. qui s'établit à Arusha en Tanzanie pour poursuivre les actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais présumés responsables de tels actes ou violations commis sur le territoire d'États voisins, entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 1994⁶⁸⁰. À la différence cependant du T.P.I.Y. qui fut par le Conseil de sécurité de sa propre initiative, le T.P.I.R. fut créé à la demande du gouvernement rwandais⁶⁸¹. Mais cela n'avait pas empêché des critiques sur le fondement juridique de cette juridiction pénale internationale comme réponse aux crimes commis dans un contexte transitionnel. Le T.P.I.R. va se prononcer sur cette question en suivant essentiellement l'argumentaire utilisé par le T.P.I.Y. dans sa jurisprudence *Tadić*⁶⁸².

Sur le plan de la responsabilité pénale individuelle, les exigences du droit à la vérité, du droit à la réparation et du droit aux garanties de non-répétition, pousse à la poursuite des présumés génocidaires par le T.P.I.R. Toutefois, le tribunal limite sa compétence *ratione personae* seulement aux grands criminels, c'est-à-dire à ceux qui ont orchestré et fait exécuter les crimes⁶⁸³. Cependant, il convient de noter que le Statut du T.P.I.R. ne dit rien à propos d'une telle sélection. L'O.N.U. accepte aussi que

⁶⁷⁹ Voir Doc. ONU S/RES/955 (1994).

⁶⁸⁰ Voir le Statut du T.P.I.R., *supra* note 39, au para 1.

⁶⁸¹ Roswitha Petry, Roswitha Petry, « Les tribunaux internationaux », dans Laurent Moreillon, Aude Bichovsky et Maryam Massrouri (éds.), *supra* note 89, à la p 52.

⁶⁸² *Procureur c. Kanyabashi*, ICTR-96-15-T, T.P.I.R., (Chambre de première instance II, Jugement du 18 juin 1997), aux para 7 et s. Voir aussi, Virginia Morris, « *Prosecutor v. Kanyabashi*, Decision on Jurisdiction. Case No. ICTR-96-15-T », (1998) 92:1 *The American Journal of International Law* 66.

⁶⁸³ Roswitha Petry, Roswitha Petry, « Les tribunaux internationaux », dans Laurent Moreillon, Aude Bichovsky et Maryam Massrouri (éds.), *supra* note 89, à la p 53.

le Rwanda poursuit en marge, les auteurs des crimes "mineurs" liés au génocide, par les tribunaux rwandais. Pour donner effet au droit à la justice et à la responsabilité pénale des auteurs des crimes, plusieurs affaires sont portées devant le T.P.I.R. Pour donner quelques exemples, on peut citer notamment, l'affaire *Akayesu*⁶⁸⁴, l'affaire *Kabanda*⁶⁸⁵, l'affaire *Rutaganda*⁶⁸⁶, l'affaire *Kayishema et Ruzindana*⁶⁸⁷, l'affaire *Ruggiu*⁶⁸⁸, l'affaire *Musema*⁶⁸⁹, l'affaire *Nahimana et al.*⁶⁹⁰, l'affaire *Ndindabahizi*⁶⁹¹, l'affaire *Bikindi*⁶⁹², l'affaire *Bagosora et al.*⁶⁹³. Dans chacune de ces affaires, les accusés ont été condamnés à des peines allant de quelques années d'emprisonnement à la réclusion à perpétuité. Dans ce contexte marqué par une justice essentiellement pénale et rétributive, Desmond Tutu propose au gouvernement rwandais la création d'une C.V.R. sur le modèle sud-africain, mais le gouvernement refuse en avançant qu'il n'y aurait de réconciliation véritable tant que la justice ne sera pas rendue⁶⁹⁴. Or en réalité, en fonction de la vérité qui jaillit des C.V.R., des poursuites pénales sont parfois engagées comme ce fut le cas au Timor Oriental en 1999⁶⁹⁵ et au Pérou en

⁶⁸⁴ *Procureur c. Akayesu*, ICTR-96-4-T, T.P.I.R., (Chambre de première instance, Jugement du 2 septembre 1998) et ICTR-96-4-A, (Chambre d'appel, Arrêt du 1^{er} juin 2001).

⁶⁸⁵ *Procureur c. Kambanda*, ICTR-97-23-S, T.P.I.R., (Chambre de première instance I, Jugement, 4 septembre 1998) et ICTR-97-23-A, (Chambre d'appel, Arrêt du 19 octobre 2000).

⁶⁸⁶ *Procureur c. Rutaganda*, ICTR-096-3-T, T.P.I.R., (Chambre de première instance, Jugement du 6 décembre 1999).

⁶⁸⁷ *Procureur c. Kayishema et Ruzindana*, ICTR-95-1-T, T.P.I.R., (Chambre de première instance, Jugement du 21 mai 1999) et ICTR-95-1-A, (Chambre d'appel, Arrêt du 1^{er} juin 2001).

⁶⁸⁸ *Procureur c. Ruggiu*, ICTR-97-32-I, T.P.I.R., (Chambre de première instance, Jugement du 1^{er} juin 2000).

⁶⁸⁹ *Procureur c. Musema*, ICTR-96-13-T, T.P.I.R., (Chambre de première instance I, Jugement du 27 janvier 2000) et ICTR-96-13-A, (Chambre d'appel, Arrêt du 16 novembre 2001).

⁶⁹⁰ *Procureur c. Nahimana et al.*, ICTR-99-52-T, T.P.I.R., (Chambre de première instance, Jugement du 3 décembre 2003).

⁶⁹¹ *Procureur c. Ndindabahizi*, ICTR-01-74-T, T.P.I.R., (Chambre de première instance, Jugement du 15 juillet 2004).

⁶⁹² *Procureur c. Bikindi*, ICTR-01-72-T, T.P.I.R., (Chambre de première instance, Jugement du 2 décembre 2008).

⁶⁹³ *Procureur c. Bagosora et al.*, ICTR-98-41-T, T.P.I.R., (Chambre de première instance I, Jugement du 18 décembre 2008).

⁶⁹⁴ Kora Andrieu, *supra* note 245, à la p 170.

⁶⁹⁵ Patrick Burgess, « Justice and Reconciliation in East Timor. The Relationship Between the Commission for the Reception, Truth and Reconciliation and the Courts », dans William A. Schabas (éd.), *Truth Commissions and Courts: The tension Between Criminal Justice and the Search for the Truth*, Dordrecht, The Netherlands, Kluwer Academic Publishers, 2004, aux pp 135-158, aux pp 144-146.

2001⁶⁹⁶. En revanche, au Sierra Leone, le tribunal spécialisé n'était pas du tout intéressé par ce qui se disait devant la T.R.C. Plusieurs personnes venaient témoigner de ce qu'ils avaient fait sans crainte, peut-être parce qu'elles avaient compris que le tribunal n'était intéressé que par les plus grands responsables des crimes⁶⁹⁷.

Sur le plan de la compétence universelle, les mesures de justice transitionnelle ont permis à plusieurs États étrangers de poursuivre des ressortissants rwandais pour crimes de génocide. Cette possibilité est accordée aux États de poursuivre toute personne raisonnablement accusée d'avoir commis un crime international même si l'accusé n'a aucun lien avec l'État poursuivant⁶⁹⁸. Le premier exemple est le procès d'un professeur de l'Université nationale du Rwanda et de quatre Sœurs de l'Église catholique romaine en Belgique en 2001. Ils ont tous été trouvés coupables et condamnés à des peines d'emprisonnement⁶⁹⁹. Le second cas est la poursuite contre Désiré Munyaneza par les juridictions canadiennes en 2005⁷⁰⁰. Il avait été accusé de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre. En 2009, il a été trouvé

⁶⁹⁶ Eduardo González Cueva, « The Contribution of the Peruvian Truth and Reconciliation Commission to Prosecutions », dans William A. Schabas (éd.), *Truth Commissions and Courts: The tension Between Criminal Justice and the Search for the Truth*, Dordrecht, The Netherlands, Kluwer Academic Publishers, 2004, aux pp 55-66, aux pp 59-60.

⁶⁹⁷ William A. Schabas, « The relationship Between Truth Commission and International Courts: The Case of Sierra Leone », (2003) 25:4 Human Rights Quarterly 1035, à la p 1051. Voir aussi, William A. Schabas « A Synergistic Relationship: The Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission and the the Special Court for Sierra Leone », dans William A. Schabas (éd.), *Truth Commissions and Courts: The tension Between Criminal Justice and the Search for the Truth*, Dordrecht, The Netherlands, Kluwer Academic Publishers, 2004, aux pp 29-30.

⁶⁹⁸ Jordan J. Paust, « Genocide in Rwanda, State Responsibility to Prosecute or Extradite, and Nonimmunity for Heads of State and other Public Officials », (2011) 34:1 Houston Journal of International Law 57, à la p 69.

⁶⁹⁹ Jennie E. Burnet, « (In)Justice: Truth, Reconciliation, and Revenge in Rwanda's Gacaca », dans Alexander Laban Hinton (éd.), *Transitional Justice: Global Mechanism and Local Realities after Genocide and Mass Violence*, New Brunswick, New Jersey, London, Rutgers university Press, 2010, aux pp 95-118, à la p 98.

⁷⁰⁰ Pour ce cas et bien d'autres poursuites de Rwandais par les juridictions canadiennes, on peut très utilement consulter Fannie Lafontaine, *Prosecuting Genocide, Crimes Against Humanity and War Crimes in Canada Courts*, Toronto, Carswell, 2012.

coupable et condamné à la prison à vie⁷⁰¹. Plusieurs autres suspects continuent d'être poursuivis devant les tribunaux européens⁷⁰².

Au niveau national, le génocide n'était pas incriminé dans les lois rwandaises. Mais les mesures de justice transitionnelle avaient permis l'adoption de la Loi organique en accord avec le Chapitre V, Articles 19-21, pour poursuivre les criminels⁷⁰³. Ainsi, des Chambres spécialisées avaient été créées au sein des tribunaux de première instance et dans les tribunaux militaires⁷⁰⁴. Le premier procès commença devant les juridictions rwandaises en 1996. En raison du génocide, l'appareil judiciaire et plusieurs de son personnel avaient été décimés par les crimes. Ce faisant, la justice connaissait d'énormes problèmes de lenteurs. En mars 2001, les tribunaux avaient jugés 5 310 personnes⁷⁰⁵. Sur le volet de la relation entre les tribunaux nationaux et le T.P.I.R., l'article 8 du Statut du T.P.I.R. dispose que ce dernier et le Rwanda ont une juridiction concurrente sur les crimes de génocide. L'article dispose en outre que, toutefois, le T.P.I.R. aura une primauté de juridiction sur les tribunaux nationaux. Dans la pratique, le T.P.I.R. a exercé sa primauté de compétence dans la plupart des cas⁷⁰⁶.

Se rendant à l'évidence que le T.P.I.R. et les tribunaux nationaux ne pouvaient à eux seuls venir à bout de la punition de tous les présumés auteurs du génocide, les mesures de justice transitionnelle pousse le gouvernement rwandais à mettre en œuvre d'autres formes de justice. En 1998, dans l'urgence et sous la pression, le gouvernement de Kigali décide d'emprisonner 150 000 personnes, soit 2 % de la population totale⁷⁰⁷. Mais il lui aurait fallu plus d'un siècle pour juger tout ce

⁷⁰¹ R. c. *Munyaneza*, 2009 QCCS 4865, [2009] R.J.Q. 2836 (Que. S.C.).

⁷⁰² Jennie E. Burnet, *supra* note 699, à la p 98.

⁷⁰³ Voir Official Gazette n° 9/96 du 30 août 1996. Consulter également Nicholas A. Jones, *The Courts of Genocide: Politics and the Rule-of-Law in Rwanda and Arusha*, New York, Routledge, 2010, à la p 85.

⁷⁰⁴ *Ibid.*

⁷⁰⁵ Jennie E. Burnet, *supra* note 699, à la p 98.

⁷⁰⁶ *Ibid* à la p 95.

⁷⁰⁷ Kora Andrieu, *supra* note 245, à la p 172.

monde⁷⁰⁸, selon le modèle de la justice pénale rétributive. Le gouvernement recourt alors à une méthode traditionnelle de résolution des conflits au Rwanda, utilisée essentiellement jusqu'alors pour résoudre en assemblée des conflits locaux: la *Gacaca*⁷⁰⁹. La phase pilote de ces juridictions communautaires traditionnelles commence en 2001. En 2005, c'est toute une population estimée à 761 000 suspects qui sont poursuivis et jugés devant les *Gacaca*⁷¹⁰. Celles-ci étaient organisées selon le principe du double degré de juridiction: les juridictions *Gacaca* de Cellule et les juridictions *Gacaca* de secteur et les juridictions *Gacaca* d'appel⁷¹¹. Pour ce qui est des peines, la Loi organique de 2004 distingue à l'intérieur d'une même catégorie, des gammes de peines différenciées, suivant que le prévenu n'aura pas avoué, aura avoué et plaidé coupable, spontanément ou à la suite de son inculpation par la juridiction *Gacaca* de cellule de l'entité territoriale où il réside⁷¹². Les sentences pouvaient aller de la réparation des dommages causés à la propriété d'autrui, à l'emprisonnement à vie, voire-même à la peine de mort⁷¹³. La peine de mort a toutefois été abolie le 25 juillet 2007⁷¹⁴. Les mesures de réparation étaient aussi prévues auprès des *Gacaca* pour les victimes. Il était mis en place un fonds d'indemnisation chargé de répartir les dommages et intérêts entre les différents bénéficiaires. Ce fonds résultait d'une part, d'un pourcentage du budget de l'État, et d'autre part, de sources diverses de financement⁷¹⁵. La loi prévoit en outre pour les personnes qui auront avoué et été

⁷⁰⁸ Eugenia Zorbas, « Reconciliation in Post-Genocide Rwanda », (2004) 1:1 African Journal of Legal Studies 29, à la p 36.

⁷⁰⁹ Salomé Van Billoen, *Les juridictions Gacaca au Rwanda: une analyse de la complexité des représentations*, Bruxelles, Bruylant, 2008, à la p 2. Pour une étude sur les *Gacaca*, on peut utilement consulter par exemples, Camille Perrier, « Justice transitionnelle au Rwanda: les juridictions Gacaca », dans Laurent Moreillon, Aude Bichovsky et Maryam Massrouri (éds.), *supra* note 89, aux pp 57-73. Nicholas A. Jones, *The Courts of Genocide: Politics and the Rule-of-Law in Rwanda and Arusha*, New York, Routledge, 2010, aux pp 51-79. Jennie E. Burnet, *supra* note 699, aux pp 95-118.

⁷¹⁰ Jennie E. Burnet, *supra* note 699, à la p 95.

⁷¹¹ Salomé Van Billoen, *supra* note 709, à la p 13.

⁷¹² *Ibid* à la p 14.

⁷¹³ Voir Chapitre IV, Art. 72-75 de la Loi organique n° 16/2004 du 19 juin 2004 et le Chapitre IV, art. 68-71 de la Loi organique n° 40/2000 du 26/01/2001.

⁷¹⁴ Voir www.peinedemort.org, Consulté le 27 août 2013.

⁷¹⁵ Salomé Van Billoen, *supra* note 709, aux pp 14-15.

condamnées à des peines d'emprisonnement, une commutation en travaux d'intérêt général de la moitié de la peine encourue⁷¹⁶. Cependant, les organisations de défense des droits de la personne ont critiqué les tribunaux *Gacaca* en alléguant que leurs procédures violaient les droits fondamentaux des accusés, du fait que celles-ci interdisaient la sollicitation d'un conseil juridique et que la procédure de réexamen des affaires n'était pas proprement garantie⁷¹⁷. Dans tous les cas, ces juridictions traditionnelles communautaires ont contribué à punir des milliers de génocidaires qui se trouvent aujourd'hui dans les prisons rwandaises. Il y avait une certaine connexion entre les tribunaux nationaux et les juridictions traditionnelles *Gacaca* qui gardaient en principe une certaine indépendance. La relation entre ces deux juridictions était que toute personne suspectée d'avoir participé au génocide au niveau le plus élevé, était transférée à la justice nationale telle que définie dans la Loi organique⁷¹⁸.

Les mécanismes de justice transitionnelle ont ainsi permis d'engager la responsabilité pénale individuelle de plusieurs milliers de rwandais devant l'ensemble des juridictions constituées du T.P.I.R., des tribunaux nationaux, des *Gacaca* et par le biais de la compétence universelle.

Ainsi, concernant le droit à la vérité au Rwanda, le plus grand besoin des survivants du génocide, est de savoir en particulier, quand, où et comment, leurs proches sont morts⁷¹⁹. Au départ, un des objectifs des juridictions *Gacaca* était de créer un cadre de découverte de la vérité sur le génocide. Dans certaines communautés, elles ont réussi à atteindre cet objectif. Certains survivants ont ainsi pu récupérer les dépouilles de leurs proches grâce aux témoignages rendus devant les *Gacaca*, tandis que d'autres ont eu des informations plus précises sur comment, quand et où leurs membres ont été tués. Dans nombre de cas aussi, plusieurs responsabilités pénales ont

⁷¹⁶ *Ibid* à la p 14.

⁷¹⁷ Jennie E. Burnet, *supra* note 699, à la p 99.

⁷¹⁸ Nicholas A. Jones, *supra* note 709, à la p 94.

⁷¹⁹ *Ibid* à la p 100.

été engagées grâce aux effets conjugués des mécanismes de justice transitionnelle. Pour ce qui est de la responsabilité internationale étatique, ces dispositifs peuvent également contribuer à sa mise en œuvre au Rwanda.

3.1.2.1.2 La complémentarité avec la responsabilité internationale étatique

Les mécanismes de justice transitionnelle sont en phase avec les principes de responsabilité internationale étatique dans le contexte transitionnel du Rwanda. On peut relever plusieurs formes de responsabilité. L'article I de la Convention de 1948 affirme que le génocide « est un crime de droit des gens qu[e les États parties au traité] s'engagent à prévenir et à punir »⁷²⁰. L'article IV ajoute que « [l]es personnes ayant commis le génocide ou l'un quelconque des actes énumérés à l'article III seront punies, qu'elles soient des gouvernants, des fonctionnaires, ou des particuliers »⁷²¹. Au surplus, l'article VI de la Convention exige que:

[l]es personnes accusées de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III seront traduites devant les tribunaux compétents de l'État sur le territoire duquel l'acte a été commis, ou devant la cour criminelle internationale qui sera compétente à l'égard de celles des Parties contractantes qui en auront reconnu la juridiction⁷²².

En principe, les articles I, IV et VI, de la Convention de 1948 sur le génocide, rendent seulement compétent l'État sur le territoire duquel les crimes ont été commis, de les poursuivre. Ils ne fournissent pas une compétence universelle ou une obligation d'extrader ou de poursuivre⁷²³. Cependant, l'obligation de poursuivre ou d'extrader les auteurs présumés de crimes de génocide (*aut dedere aut judicare*) est aujourd'hui une règle de droit international coutumier, que tous les États devraient respecter⁷²⁴. Par ailleurs, en 2009, le Conseil de sécurité affirmait que « (...) les États ont pour

⁷²⁰ Convention sur le génocide, *supra* note 11, art. I.

⁷²¹ *Ibid* art IV.

⁷²² *Ibid* art VI.

⁷²³ Burce Broomhall, « Towards the Development of an effective System of Universal Jurisdiction for Crimes Under International Law », (2000) 35 New England Law Review 399, à la p 403.

⁷²⁴ Jordan J. Paust, *supra* note 698, à la p 65.

responsabilité de s'acquitter de l'obligation qui leur incombe de mettre fin à l'impunité et de traduire en justice quiconque est responsable de crimes de guerre, de génocide, de crimes contre l'humanité et de violations flagrantes du droit international humanitaire »⁷²⁵.

Ainsi, au regard de cette obligation qui pèse sur les États de poursuivre en justice les personnes présumées responsables de crimes de génocide, le Rwanda pourrait engager sa responsabilité internationale si des poursuites appropriées ne sont pas engagées contre les présumés auteurs du génocide. Il pourrait également engager sa responsabilité internationale pour avoir échoué de garantir le droit international coutumier d'accès à un tribunal compétent, indépendant et impartial établi par la loi ; le droit d'être informé des charges pesant contre soi ; le droit d'avoir un délai raisonnable et les moyens de préparer sa défense ; le droit de choisir le conseil juridique de son choix ; le droit de ne pas donner de témoignage contre soi-même ou de confesser sa propre culpabilité ; et le droit à ce que sa cause soit entendue par une juridiction supérieure selon la loi⁷²⁶. À ce niveau, la question des tribunaux traditionnels *Gacaca* est problématique, puisque des ONG avancent que ceux-ci ne respectent pas les règles fondamentales de la procédure judiciaire⁷²⁷.

Par ailleurs, il convient de noter que théoriquement, des victimes du génocide rwandais pourraient entamer une procédure contre des États tiers et engager leurs responsabilités internationales. Nous nous limitons à l'exemple de l'État belge où cette responsabilité pourrait se fonder sur le droit national. Il s'agit de la Loi de 1993, relative à la compétence universelle en matière de répression des violations graves du droit international humanitaire⁷²⁸. De cette Loi pourrait découler la responsabilité de

⁷²⁵ S.C. Res. 1674, U.N. Doc. S/RES/1674 (2006).

⁷²⁶ Voir le P.I.D.C.P *supra* note 239, art. 14(1), (3), (5). Voir aussi Jordan J. Paust, *supra* note 698, à la p 60.

⁷²⁷ Jennie E. Burnet, *supra* note 699, à la p 99.

⁷²⁸ Loi du 16 juin 1993, modifiée par la Loi du 10 février 1999 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire. Pour une étude de la Loi, voir entre autres, André Andries et al., « Commentaires

l'État sur la base du droit international, notamment de la Convention de 1948⁷²⁹. En effet, en droit belge, il est reconnu punie, « l'ommission d'agir dans les limites de leur possibilité d'action de la part de ceux qui avaient connaissance d'ordres donnés en vue de l'exécution d'une infraction ou de faits qui en commencent l'exécution, et pouvaient en empêcher la consommation ou y mettre fin »⁷³⁰. En d'autres termes, la commission d'une infraction d'omission par un agent de l'État belge, rend l'État civilement responsable et celui-ci est tenu de payer des dommages et intérêts aux victimes⁷³¹. Ceci est donc une forme de responsabilité internationale étatique pouvant être engagée par les victimes du génocide dans le contexte de justice transitionnelle du Rwanda.

Au regard des deux sections précédentes, il appert clairement qu'il y a certaine complémentarité entre les mesures de justice transitionnelle et les responsabilités pénales individuelles et internationales étatiques pour crimes de génocide. Dans les périodes transitionnelles comme ce fut le cas de l'ex-Yougoslavie et du Rwanda, une approche intégrée des mesures de la justice transitionnelle oblige les États à lutter contre l'impunité des crimes internationaux. Cela passe nécessairement par l'engagement de la responsabilité pénale individuelle des auteurs présumés des crimes et de la responsabilité internationale étatique pour crime de génocide ou pour la violation des droits fondamentaux des victimes. Toutefois, en période de transition, il pourrait exister également certaines inadéquations entre les mécanismes de justice transitionnelle et les deux systèmes de responsabilité. Il convient de les évoquer.

de la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des infractions graves au droit international humanitaire », (1994)

74 Revue de droit pénal et de criminologie 1114.

⁷²⁹ Convention sur le génocide, *supra* note 11.

⁷³⁰ Art. 7 de la Loi du 16 juin 1996.

⁷³¹ Stef Vandeginste, « Reparation pour les Victimes de génocide, de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre au Rwanda », (2000-2011) L'Afrique des Grands Lacs. Annuaire, à la p 25. [Article non publié]. En ligne: <http://www.ua.ac.be/objs/00111773.pdf>, Consulté le 27 août 2013.

3.2 L'inadéquation des mécanismes de justice transitionnelle avec les responsabilités pour crimes de génocide

L'étude de l'inadéquation entre les mécanismes de justice transitionnelle et les responsabilités pour crimes de génocide nous conduira d'une part à évoquer les incohérences inhérentes au modèle de justice pénale punitive et d'autre part, à analyser les contradictions liées aux objectifs de la réconciliation. Il s'agira de démontrer dans un premier temps que le modèle de justice pénale libérale punitive ne respecte pas toujours ses propres règles (3.2.1). Dans un second temps, nous expliquerons que les objectifs de réconciliation et de paix ne sont pas toujours compatibles avec les exigences de la justice pénale rétributive d'obédience libérale, notamment dans un contexte de crimes de masse comme le génocide (3.2.2).

3.2.1 Les contradictions dues aux incohérences de la justice pénale punitive

Nous examinerons ces contradictions par rapport aux crimes de génocide commis d'une d'une part à Srebrenica en ex-Yougoslavie et d'autre part au Rwanda.

3.2.1.1 Les contradictions de la justice pénale punitive en ex-Yougoslavie

Face aux faibles résultats de la justice pénale internationale punitive en ex-Yougoslavie, la question se pose de déterminer si cette forme de justice fondée sur un modèle légaliste universaliste et pur⁷³² est cohérente avec les mesures de la justice transitionnelle des contextes de crimes de génocide. En d'autres termes, est-ce qu'il existe un arrimage harmonieux entre les deux dispositifs? Peut-on vraiment affirmer que la justice a été rendue aux victimes du conflit en ex-Yougoslavie? Ou quand on parle de droit à la justice, cette justice est pour qui? Pour la "communauté internationale" ou pour les victimes? Est-ce que la justice pénale a réussi à réparer les préjudices causés aux victimes des crimes de masse? Est-elle capable de garantir la réconciliation et la paix dans l'avenir?

⁷³² Kora Andrieu, *supra* note 245, à la p 169.

L'une des critiques virulentes contre le T.P.I.Y. fait par de nombreux accusés consistait à dire que le tribunal était politique et manquait de légitimité. L'argument de la « justice des vainqueurs » des procès de Nuremberg et de Tokyo faisait sa réapparition⁷³³. Ces propos paraissent moins convainquant qu'aux procès de Nuremberg car, les Serbes ont été plutôt perçus comme les vainqueurs en 1993⁷³⁴. Les efforts du tribunal de condamner également des serbes⁷³⁵ n'ont pas suffi à effacer les sentiments d'hostilité envers la Haye qui dominant encore à Belgrade⁷³⁶. En réalité, les personnes qui faisaient l'objet des mandats d'arrêt du T.P.I.Y. ont été minutieusement sélectionnées. Cette approche de la justice pénale ne fit qu'accentuer le scepticisme des Serbes envers l'impartialité du T.P.I.Y. et ceux-ci ne manquaient pas de qualifier le procureur Louise Arbour et son bureau de « nouvelle Gestapo »⁷³⁷. Cette forme de justice sélective est-elle compatible avec l'exigence du droit à la justice des mesures de justice transitionnelle? Peut-on véritablement rendre justice de crimes de génocide par la punition de quelques individus isolés? Comment établir le degré de responsabilité de chacun dans des crimes qui engagent tout l'appareil étatique dans son ensemble? À ces interrogations, le modèle de justice pénale libérale ne semble pas apporter des réponses satisfaisantes. Il est théoriquement admis qu'un seul individu avec l'intention spécifique peut commettre le crime de génocide⁷³⁸. Mais la jurisprudence a précisé que même si un plan ou un accord entre des individus en vue de commettre le génocide, n'est pas un critère indépendant du crime, il reste tout de même un important indicateur qui prouve l'intention génocidaire des auteurs⁷³⁹. On

⁷³³ *Ibid* à la p 87.

⁷³⁴ *Ibid*.

⁷³⁵ Voir par exemples, *Procureur c. Naser Orić*, IT-03-68-A, T.P.I.Y., (Chambre d'appel, jugement du 3 juillet 2008) ; *Procureur c. Delalic et consorts*, IT-96-21-A, T.P.I.Y., (Chambre d'appel, jugement du 20 février 2001).

⁷³⁶ Kora Andrieu, *supra* note 245, à la p 87.

⁷³⁷ *Ibid* aux pp 86-87.

⁷³⁸ *Procureur c. Kayishema et Ruzindana*, IT-95-1T, T.P.I.R., (Chambre de première instance II, Jugement du 21 mai 1999), au para 94 ; *Procureur c. Jelisić*, IT-95-10, T.P.I.Y., (Chambre de première instance, Jugement 14 décembre 1999), aux para 100 et s.

⁷³⁹ *Procureur c. Jelisić*, IT-95-10-A, T.P.I.Y., (Chambre d'appel, Jugement du 5 juillet 2001), au para 48; *Procureur c. Krstić*, IT-98-33-A, T.P.I.Y., (Chambre d'appel, Jugement du 19 avril 2004), aux para 223 et s.

pourrait donc peut-être imaginer que le T.P.I.Y. puisse prononcer des responsabilités collectives en ex-Yougoslavie. Cela aurait permis de condamner toute la communauté responsable des crimes de génocide. L'argument présenté par le tribunal pour soutenir des poursuites ponctuelles est qu'en individualisant la responsabilité, celle-ci évite la stigmatisation des groupes et favorise la réconciliation⁷⁴⁰. Mais la punition d'individus isolés, fut-ils les "plus grands responsables", ne donnent-elle pas l'image de procès partiels ou n'apparaît-elle pas simplement comme la mise en accusation de bouc-émissaires soigneusement choisis? Les multiples victimes des crimes de génocide de Srebrenica en particulier considèrent-ils que justice a été rendue? Leur droit de recours à la justice a-t-il été respecté? Jusqu'en 2008 encore, la directrice du programme Europe et Asie centrale d'Amnesty International demandait à ce que la justice soit instaurée dans toute l'ex-Yougoslavie⁷⁴¹. L'organisation se demandait si quelques procès médiatisés suffisaient à soigner les traumatismes provoqués par les violations graves des droits humains qui ont été commises par toutes les parties au conflit? À cet effet, elle préconisait que des initiatives concertées des pays de la région s'ajoute au T.P.I.Y. pour enquêter sur des dizaines de milliers d'autres crimes et juger les présumés auteurs. Par ailleurs, en Croatie, l'organisation dénonçait l'absence de poursuite pour les crimes commis par l'armée et les forces de police croates⁷⁴². En Serbie, elle indiquait que les enquêtes progressent au ralenti et que l'indépendance de la justice était sujette à caution⁷⁴³. Au Kosovo, elle révélait le manque d'enquête et de poursuite en particulier pour les crimes de violence sexuelle⁷⁴⁴. Finalement, l'organisation manifestait son scepticisme quant à l'effectivité

⁷⁴⁰ Kora Andrieu, *supra* note 245, à la p 92.

⁷⁴¹ Nicola Duckworth, directrice du programme Europe et Asie centrale d'Amnesty International, « Il faut instaurer la justice dans toute l'ex-Yougoslavie », 29 août 2009, en ligne: <http://www.amnesty.org/es/node/5866>, Consulté le 17 août 2013.

⁷⁴² *Ibid.*

⁷⁴³ *Ibid.*

⁷⁴⁴ *Ibid.*

future de la Chambre spéciale créée en Bosnie-Herzégovine, vu le retrait annoncé du personnel international⁷⁴⁵.

Dès le début des travaux du T.P.I.Y., un expert a suggéré que le bureau du procureur devrait prendre en considération le rôle des C.V.R. dans la justice transitionnelle de l'ex-Yougoslavie⁷⁴⁶. Le T.P.I.Y. était opposé à cette idée au motif qu'elle empêcherait le bon déroulement de sa mission⁷⁴⁷. C'est pourquoi, de nombreuses O.N.G font de nos jours campagne pour la création de C.V.R. sur le modèle sud-africain, en Bosnie et en Serbie⁷⁴⁸. Le T.P.I.Y. semble être finalement d'accord avec cette initiative qui pourrait lui permettre de déférer à des instances locales, des affaires d'importance mineure, alors qu'il est pressé par l'O.N.U. de fermer ses portes⁷⁴⁹. La question se pose de savoir si ce changement de position est le signe d'une reconnaissance de la défaite de la justice punitive dans un contexte de commission de crimes de masse qu'est l'ex-Yougoslavie. La nécessité d'une C.V.R. en Bosnie reposait sur le constat que trois versions contradictoires de l'histoire des massacres étaient enseignées par les trois communautés ethniques que sont les Serbes, les Musulmans et les Croates et que ceci pourrait conduire à de violence future⁷⁵⁰. Dans tous les cas, l'expérience du T.P.I.Y. montre que pour atteindre les objectifs de la justice transitionnelle, une seule mesure ne suffit, il faut la conjugaison de l'ensemble des mesures que sont: la vérité, la justice, les réparations et les garanties de non-répétition. À ce niveau, les C.V.R. pourraient jouer un grand rôle. En privilégiant seulement la punition, la communauté internationale semble avoir échoué à réconcilier les différentes parties au conflit.

⁷⁴⁵ *Ibid.*

⁷⁴⁶ Voir Marshall Freeman Harris, R. Bruce Hitchner et Paul R. Williams, *Bringing War Criminal to Justice: Obligations, Options, Recommendations*, Dayton, OH: Center for International Programs, University of Dayton, 1997, à la p 25.

⁷⁴⁷ Priscilla B. Hayner, *supra* note 362, à la p 111.

⁷⁴⁸ Kora Andrieu, *supra* note 245, à la p 109.

⁷⁴⁹ *Ibid.*

⁷⁵⁰ Priscilla B. Hayner, *supra* note 352, aux pp 111-112.

Certes, la guerre est terminée, mais une absence de guerre est-elle synonyme de paix et de réconciliation?

L'absence du droit à une réparation appropriée auprès du T.P.I.Y. est aussi une incohérence du système de justice libérale. En effet, ce droit qui est un principal fondamental du droit international⁷⁵¹ devrait faire l'objet d'une mise en œuvre appropriée devant le T.P.I.Y. Comment peut-on véritablement donner effet au droit à la justice sans programmes de réparation appropriée? Aussi, les victimes n'avaient pas droit ni à un suivi médical ni à la participation au processus de justice, à moins qu'elles soient témoins. Tout ceci nous conduit à nous interroger sur la cohérence du système de justice pénale avec lui-même. Une telle situation ne fait que maintenir les victimes dans l'état d'une double victimisation. Non seulement, elles ont perdu leurs proches, mais en même temps, c'est le droit à la réparation qui leur est dénié. En outre, la restitution et l'indemnisation au profit des victimes, quoique théoriquement effectives dans le Statut du T.P.I.Y. semblaient ne pas toucher la majorité des victimes. Celles-ci étaient laissées à elles-mêmes pour mener auprès de leurs États les actions nécessaires à la réparation de leurs préjudices⁷⁵².

Par ailleurs, le système de justice pénale punitive n'offre pas beaucoup de solutions aux pays pauvres où des crimes de masse sont commis. Dans ces pays, des mesures de réparation peuvent ne pas être possibles à cause de l'insuffisance des moyens financiers dont dispose l'État. Dans de telles situations, parfois, même le recours à l'aide extérieure peut ne pas pouvoir offrir une réparation adéquate aux victimes. Au Sierra Leone par exemple, les autorités ont avancé que les réparations n'étaient tout simplement pas réalisables. Il a fallu une aide du fonds pour la consolidation de la paix des Nations Unies pour que des mesures de réparation soient mises en œuvre.

⁷⁵¹ Voir la section sur le droit à la réparation au chapitre 2.

⁷⁵² Voir l'art. 24(3) du Statut du T.P.I.Y., *supra* note 38 et l'art. 106 du *Règlement de procédure et de preuve* du tribunal, *supra* note 542.

Quelques 22 000 victimes directes ont pu recevoir une aide de \$100⁷⁵³. Cette aide qui peut être qualifiée de symbolique semble manifester une certaine incohérence avec le système de justice pénale. Comment expliquer par exemple qu'en Argentine en 1996, les victimes de la dictature militaire aient pu bénéficier d'un montant de \$75 par jour d'emprisonnement, soit \$2 200 par mois et 26 400 par an⁷⁵⁴ alors qu'en Haïti, les autorités ont tout simplement ignoré les mesures de réparation⁷⁵⁵. Comment expliquer qu'au Chili en 1997, les 4 886 Chiliens qui ont connu des disparitions forcées ont eu droit à une pension de \$345 à \$482 par mois⁷⁵⁶ et qu'au Salvador les réparations aient été occultées⁷⁵⁷. Aussi, lorsque les réparations sont menées sans vérité, celles-ci peuvent ne pas atteindre l'objectif voulu d'apporter un certain réconfort aux victimes. Par exemple, 10 ans après la fin de la dictature militaire au Brésil, le gouvernement a mis en place un programme de réparation pour les familles des disparues, sans que cela ne soit suivi de toute la vérité sur ce qui s'est passé⁷⁵⁸. Au Malawi, après la fin du régime répressif du début des années 1990, il y a eu ni vérité, ni procès et sans assainissement des institutions. En contrepartie, le gouvernement a juste mis en place un Tribunal National de Compensation pour assister les victimes. Mais cela a conduit à plus de frustrations et d'amertume pour les victimes⁷⁵⁹. Ces exemples semblent mettre en lumière, les contradictions inhérentes au système de justice libérale à vocation universaliste. Celui-ci prône des principes et des règles qu'il est incapable de satisfaire. Cette situation crée une inégalité de traitement d'une expérience de justice transitionnelle à une autre au grand dam des victimes qui continuent de souffrir les conséquences des crimes internationaux en général et du génocide en particulier.

⁷⁵³ Priscilla B. Hayner, *supra* note 352, aux pp 175-176.

⁷⁵⁴ *Ibid* à la p 170.

⁷⁵⁵ *Ibid* à la p 177.

⁷⁵⁶ *Ibid* à la p 167.

⁷⁵⁷ *Ibid* à la p 177.

⁷⁵⁸ *Ibid* à la p 178.

⁷⁵⁹ Diana Cammack, « Reparations in Malawi », dans *The Handbook of Reparations*, *supra* note 533, aux pp 242-243.

3.2.1.2 Les contradictions de la justice pénale punitive au Rwanda

Le modèle de justice pénale appliqué au Rwanda n'est exempt de critiques. Malgré un budget annuel de 90 millions de dollars, 800 employés et 9 juges internationaux permanents⁷⁶⁰, à la fin de l'année 2011, seulement 65 personnes avaient été jugées par le T.P.I.R.⁷⁶¹. Ce résultat médiocre avait été beaucoup critiqué, ce qui a amené l'O.N.U., depuis ces dernières années, à mettre la pression pour que le tribunal ses portes⁷⁶². Cela nous semble donner le signe de l'échec relatif de la justice pénale rétributive exclusive au Rwanda. On pourrait toutefois arguer qu'il est simplement très difficile de juger selon le modèle de la justice pénale punitive toutes les personnes qui ont participé au génocide. Aussi, on pourrait avancer qu'un système de réparation dans le contexte rwandais serait pratiquement impossible, vu toute la difficulté logistique et organisationnelle que cela requiert. Toutefois, lorsque l'on a la volonté politique, tout est réalisable. Par exemple, faut-il attirer l'attention sur le cas des dommages subis par les individus à la suite de l'invasion et l'occupation du Koweït par l'Iraq les 2-4 août 1990. Dans ce cas précis, le nombre très élevé de victimes, n'a pas empêché la communauté internationale à mettre en place un mécanisme de réparation financière. Il s'agit de la Commission de compensation, créée par les Nations Unies pour gérer la question des réparations⁷⁶³. Cela nous montre que lorsque la volonté politique y est, on trouve toujours les moyens.

Des questions se posent également par rapport la sélectivité des présumés responsables des crimes commis. Une telle manière de rendre justice peut bien être qualifiée de "justice à double vitesse". Toutes choses qui amènent à s'interroger si elle tient véritablement compte des victimes ou si elle était tout simplement une entreprise

⁷⁶⁰ Kora Andrieu, *supra* note 245, à la p 170.

⁷⁶¹ Voir Activités du T.P.I.R., Inculpation et détention (situation à la fin 2011), en ligne: <http://www.trial-ch.org/fr/ressources/tribunaux/tribunaux-penaux-internationaux/tribunal-penal-international-pour-le-rwanda/activites-du-tpir.html>, Consulté le 20 août 2013.

⁷⁶² Kora Andrieu, *supra* note 245 à la p 170.

⁷⁶³ Voir Stef Vandeginste, *supra* note 731.

de la communauté internationale pour se donner une bonne conscience après tant d'atrocités? Par rapport aux crimes de cette ampleur au Rwanda, l'O.N.U. se soucia très peu d'adapter le Statut du T.P.I.R. au contexte particulier du pays. Les règles juridiques furent reproduites selon le modèle universaliste et légaliste hérité de Nuremberg. Il faut cependant noter que malgré son initiative en faveur d'un tribunal international pour juger les crimes, le gouvernement de Kigali était, au début, réticent que ce soit la communauté internationale qui mène les enquêtes et non lui: il craignait que les crimes commis par sa branche armée ne soient eux aussi jugés par le Tribunal⁷⁶⁴. Mais les autorités rwandaises se sont très vite rendu compte que seul le T.P.I.R. ne pourrait poursuivre tous les criminels. La justice pénale punitive exclusive montrait une fois de plus ses limites.

Par ailleurs, même si les procès du T.P.I.R. ont pu révéler une vérité judiciaire sur le génocide, la population attendait plus une vérité historique, largement partagée par les Rwandais. Cependant, pour beaucoup, la vérité reste encore insaisissable⁷⁶⁵ dans la mesure où le T.P.I.R. est plutôt vu comme un Tribunal pénal international pour les Hutu (T.P.I.H.)⁷⁶⁶. L'absence de poursuite pour les crimes commis par les membres du F.P.R. est aussi un argument de l'incohérence de la justice pénale punitive au Rwanda. En effet, il est allégué que le F.P.R. a commis des crimes de guerre en 1994 en particulier, et notamment à l'Est de la République Démocratique du Congo⁷⁶⁷. Cette situation est problématique dans la mesure où le T.P.I.R. donne l'image d'une justice à double vitesse. Ce qui ne fait perpétuer une culture d'impunité pour ce groupe en particulier. Cependant, les mécanismes de justice transitionnelle, à travers l'exigence de la justice, de la vérité, des réparations et des garanties de non-répétition visent à prévenir l'impunité des crimes internationaux. Il s'agit là donc d'une contradiction flagrante de la justice pénale punitive.

⁷⁶⁴ Kora Andrieu, *supra* note 245, à la p 169.

⁷⁶⁵ *Ibid* à la p 102.

⁷⁶⁶ Eugenia Zorbas, *supra* note 708, à la p 34.

⁷⁶⁷ *Ibid* à la p 41.

D'un autre côté, les exigences des articles I, IV et VI de la Convention de 1948 qui font obligation aux États de poursuivre de façon appropriée devant leurs tribunaux, les présumés auteurs de crimes de génocide sont-elles conciliables avec les juridictions traditionnelles *Gacaca*? En 2009, le Conseil de sécurité affirmait qu'il était opposé à ce que les auteurs de violations graves du D.I.H. et du D.I.D.P. jouissent de l'impunité. Il précisait que les États sont tenus de se conformer aux obligations internationales concernant les crimes internationaux⁷⁶⁸.

Au regard de cette ferme volonté de la communauté internationale de mettre fin à l'impunité des crimes internationaux et du génocide en particulier, les *Gacaca* ont-ils été une réponse appropriée aux crimes de génocide? En n'arrivant pas à poursuivre tous les criminels de façon appropriée au Rwanda, le système de justice libérale punitive montre une certaine incohérence avec ses propres règles du droit à la justice. Devant des crimes si odieux et dont l'interdiction est qualifiée de norme de *jus cogens* avec des effets *erga omnes* quant à la poursuite, la communauté internationale ne devrait pas se retrouver avec un nombre si faible au Rwanda. Elle aurait dû se donner tous les moyens qu'il faut pour juger et punir tous les génocidaires de façon appropriées. Ce cas est l'illustration même de l'incapacité de la communauté internationale de mettre en œuvre une Convention qu'elle même a adoptée au lendemain des atrocités commises à la Seconde Guerre mondiale. Cette incapacité nous semble ne pas s'expliquer par un manque de moyens financiers et logistiques pour juger tous les présumés génocidaires. Cela dénote à notre avis d'un simple manque de volonté politique. On est donc en droit de se demander si la Convention de 1948 a son sens quant à la répression du crime de génocide? Sans cette volonté, des génocides continueront malheureusement de se produire dans notre monde.

En plus des contradictions liées aux incohérences de la justice pénale libérale punitive en ex-Yougoslavie et au Rwanda, d'autres formes de contradictions existent. Il s'agit

⁷⁶⁸ Voir U.N. Doc. S/RES/1894 (2009), aux para 10-11.

des problèmes que posent le besoin de réconciliation et de paix avec notamment les principes de responsabilité pénale individuelle pour crimes de génocide.

3.2.2 Les contradictions liées à l'objectif de réconciliation

Selon les Nations Unies, au regard des expériences historiques observées dans plusieurs pays, la mise en œuvre des mécanismes de justice transitionnelle requière l'adoption d'une démarche intégrée des mesures de justice pénale, de recherche de la vérité, de réparations, et de réforme des institutions⁷⁶⁹. En outre, selon le rapport de Greiff, l'effet conjugué de ces quatre mesures contribue à la réalisation de deux objectifs distincts, à savoir la reconnaissance aux victimes de la qualité de victimes en vue de promouvoir la confiance, et deux objectifs ultimes, à savoir la contribution à la réconciliation et au renforcement de l'état de droit⁷⁷⁰. La question se pose de savoir si l'obligation qui pèse sur les États en matière de poursuite du crime de génocide est compatible avec l'objectif de réconciliation assigné aux mécanismes de justice transitionnelle. Pour y répondre, il convient de déterminer ce que renferme la notion de « réconciliation ». En d'autres termes, qu'est-ce qu'une société réconciliée? Nous essayerons de montrer tout d'abord les ambiguïtés liées à la notion de « réconciliation », avant d'examiner sa mise en œuvre en ex-Yougoslavie et au Rwanda.

3.2.2.1 La notion de « réconciliation »

Selon le dictionnaire Le Robert, la réconciliation se définit comme « [l']action de rétablir l'amitié entre deux personnes brouillées, le fait de se réconcilier »⁷⁷¹. En outre, en cas de violations graves des droits de la personne et du droit international

⁷⁶⁹ Rapport du Secrétaire général des Nations Unies au Conseil de sécurité sur le *Rétablissement de l'État de droit et l'administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit*, *supra* note 80, au para 26. Rapport du Rapporteur spécial sur la *promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition*, Pablo de Greiff, *supra* note 346, au para 20.

⁷⁷⁰ Rapport du Rapporteur spécial sur la *promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition*, Pablo de Greiff, *supra* note 346, au para 21.

⁷⁷¹ Paul Robert, *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Le Robert, Paris, Société du Nouveau Littre, 1973, à la p 699.

humanitaire, la réconciliation peut être définie comme l'élaboration d'une relation mutuellement conciliante entre des anciens ennemis ou des groupes antagonistes⁷⁷². Le directeur de l'organe de suivi de la Commission nationale de vérité et de réconciliation au Chili, Alejandro González, définissait la réconciliation, dans le contexte chilien, pourrait-on dire, comme « le respect des règles dans le jeu démocratique. Il y a un dialogue civilisé entre le gouvernement et l'opposition et aucun secteur ne veut prendre le dessus de façon anti-démocratique »⁷⁷³. La notion de réconciliation a ainsi plusieurs significations. Toutefois, après la commission de crimes graves dans un État, il convient de faire la différence par rapport à la réconciliation entre les individus et la réconciliation nationale ou politique⁷⁷⁴. Sur le plan national, lorsque des mécanismes comme les C.V.R. permettent aux citoyens de discuter de questions conflictuelles du passé et de proposer des réformes législatives ou politiques, cela peut contribuer à la réconciliation nationale. En revanche, la réconciliation est plus difficile et complexe sur le plan individuel. La connaissance d'une vérité judiciaire par les tribunaux ou historique à travers une C.V.R. ne conduit pas nécessairement à la réconciliation de la victime avec l'auteur des crimes envers sa famille ou envers l'un de ses proches⁷⁷⁵. En Afrique du Sud par exemple, la T.R.C. s'était initialement donné comme objectif la pleine réconciliation des Sud-africains. Mais par la suite, face à l'évidence que la T.R.C. n'était pas un grand succès⁷⁷⁶, Desmond Tutu a commencé à redéfinir les objectifs de la T.R.C. et à l'orienter de plus en plus vers la "promotion" de la réconciliation⁷⁷⁷. Au Maroc, lorsque le roi a créé la Commission de vérité, l'objectif n'était pas la réconciliation entre des groupes, ou

⁷⁷² Louis Kriesberg, « Paths to Varieties of Inter-communal Reconciliation », document présenté lors de la 17^e Conférence générale de l'Association Internationale de Recherche sur la Paix (International Peace Research Association), Durban, South Africa, juin 22-26, 1998, [Notre traduction].

⁷⁷³ Alejandro González, Interview de Novembre 1996, Santiago, Chili. Voir Priscilla B. Hayner, *supra* note 352, à la p 186.

⁷⁷⁴ Priscilla B. Hayner, *supra* note 352, à la p 183.

⁷⁷⁵ Jennie E. Burnet, *supra* note 699, aux pp 103-115.

⁷⁷⁶ Voir Drew Forrest, « Body Has Served National Reconciliation », Business Day (South Africa) 3 août 1998.

⁷⁷⁷ Priscilla B. Hayner, *supra* note 352, à la p 184.

encore la réconciliation entre le roi et l'opposition, mais plutôt la « réconciliation des Marocains avec leur passé »⁷⁷⁸. Beaucoup ont trouvé cette notion ambiguë. Certains l'ont compris comme étant une dynamique qui résulterait des travaux de la Commission. Par exemple, que le public n'aurait plus à avoir peur d'un véhicule de la police. D'autres se référaient à un développement économique, ou à des réformes démocratiques⁷⁷⁹. Par ailleurs, en Argentine par exemple, la réconciliation ne faisait pas partie des missions de la Commission de vérité. On était même opposé à l'évocation de ce terme⁷⁸⁰. Pour Patricia Valdez, ancien directeur de la Commission de vérité au Salvador et impliqué dans plusieurs travaux sur la vérité en Argentine, « [p]ersonne ne parle de réconciliation en Argentine, personne ne touche cela. Ce n'est pas que quelqu'un y est opposé, c'est que le mot ne veut rien dire ici. Personne n'a sérieusement mis cette question sur la table »⁷⁸¹. Pour Priscilla B. Hayner, bien qu'il n'y ait pas de voie unique vers la réconciliation, trois questions peuvent néanmoins aider à évaluer son enracinement⁷⁸². Tout d'abord, comment le passé est traité dans la sphère publique? Ensuite, quels sont les rapports entre les anciens opposants? Enfin, y a-t-il une seule version du passé ou y a-t-il plusieurs? Ces questions sont des indices à prendre en compte pour déterminer si la réconciliation commence à s'établir dans une société post-confliktuelle. Dans les contextes de l'ex-Yougoslavie et du Rwanda, l'objectif de réconciliation des mécanismes de justice transitionnelle était-il cohérent avec les principes de responsabilité pénale individuelle et internationale étatique?

⁷⁷⁸ *Ibid* à la p 187.

⁷⁷⁹ Basé sur les interviews réalisées par Lyna Comaty auprès des participants et observateurs du processus de la Commission de vérité au Maroc, 2009. Voir Priscilla B. Hayner, *supra* note 352, à la p 187.

⁷⁸⁰ Priscilla B. Hayner, *supra* note 352, à la p 187.

⁷⁸¹ Patricia Valdez, Interview du 13 décembre, 1996, Buenos Aires. Voir Priscilla B. Hayner, *supra* note 352, à la p 188.

⁷⁸² *Ibid* à la p 189.

3.2.2.2 La réconciliation en ex-Yougoslavie

Il nous semble qu'en ex-Yougoslavie, la question se posait de savoir si la punition des auteurs présumés des crimes par le T.P.I.Y. était conciliable avec les besoins de la paix sur le terrain. Déjà dès le début du conflit, des critiques fusent à l'endroit du tribunal. Tout d'abord, la contestation portait sur la sélectivité des poursuites. En cherchant à poursuivre que les "grands criminels", plusieurs autres criminels continuent de vivre paisiblement en toute impunité en ex-Yougoslavie. Cette manière de procéder, est-elle compatible avec la réconciliation? Il semble qu'au jour d'aujourd'hui, celle-ci n'est pas encore tout-à-fait une réalité. En effet, très peu d'hommes politiques franchissent réellement le pas vers l'autre ethnie: ils gouvernent encore sur des zones « ethniquement pures », dans lesquels très peu d'exilés sont reconnus⁷⁸³. Ce dilemme entre justice et paix est bien réel et se résume à cette interrogation d'un diplomate occidental: « [c]omment puis-je à la fois prendre le thé avec Milošević pour trouver un règlement négocié au conflit et, dans le même temps, le traiter en criminel de guerre? »⁷⁸⁴. Le but du T.P.I.Y. était que par la justice, la paix et la réconciliation puissent d'établir dans les Balkans⁷⁸⁵. Autrement dit, que la justice, la réconciliation et la paix s'arriment ensemble dans une parfaite symphonie. Il est vrai qu'en raison de la nature des crimes commis, les normes qui les punissaient revêtent un caractère universel. Mais des questions se posent par rapport à cette prétention universaliste de la justice pénale internationale. Celle-ci est-elle mieux adapter à tous les contextes? Du fait de son éloignement du lieu-même des crimes, le T.P.I.Y. pouvait-il réellement rendre une justice complètement en phase avec les réalités socioculturelles du terrain et contribuer à la réconciliation et à la paix au sein des communautés déchirées par des crimes aussi odieux que sont les actes de génocide? Les critiques averses sur les résultats du T.P.I.Y. par rapport aux crimes

⁷⁸³ Kora Andrieu, *supra* note 245, à la p 108.

⁷⁸⁴ Cité par Kora Andrieu, *supra* note 245, à la p 78.

⁷⁸⁵ *Ibid* à la p 79.

poursuivis, nous amènent à nous interroger si l'objectif de réconciliation des mécanismes de justice transitionnelle concorde avec les principes de responsabilité pénale individuelle et internationale étatique? Les deux formes de responsabilité peuvent-elles réconcilier des communautés déchirées par des crimes d'une telle brutalité? Nous répondrons à cette interrogation dans notre conclusion. On peut toutefois, souligner que le droit à lui seul, semble ne pas pouvoir reconstruire des relations sociales brisées par des années de guerre et la commission de crimes atroces comme le génocide. À tout le moins, le droit peut apporter un certain apaisement dans la vie politique et favoriser une certaine coexistence pacifique entre des groupes antagonistes.

3.2.2.3 La réconciliation au Rwanda

Un des mandats qui étaient assignés au T.P.I.R. par la communauté internationale était que la justice contribue à la réconciliation des différentes communautés au Rwanda⁷⁸⁶. Mais 20 ans après création de ce tribunal, peut-on vraiment affirmer qu'il a accompli cette mission? Une des contradictions les plus flagrantes qui a fait l'objet de plusieurs critiques, est que les principaux responsables jugés par le T.P.I.R., ne risquaient qu'une peine d'emprisonnement à vie, alors que les "petits criminels" jugés par la justice traditionnelle locale des *Gacaca*, risquaient la peine de mort⁷⁸⁷. Malgré l'abolition de la peine de mort en 2007, il semble que cette situation a beaucoup divisé les Rwandais. Aussi, les gens comprenaient mal que les "grands criminels" puissent bénéficier de prisons de luxe après leur condamnation par le T.P.I.R., alors que les "petits criminels" condamnés par les juridictions nationales ou les *Gacaca* devaient vivre des conditions d'emprisonnement inhumaines⁷⁸⁸. Après des millions de dollars investis dans le T.P.I.R., celui-ci a été incapable de poursuivre les membres du F.P.R.

⁷⁸⁶ Voir la résolution sur le Statut du T.P.I.R., Doc. ONU S/RES/955 (1994), au Préambule et à l'alinéa 7.

⁷⁸⁷ Roswitha Petry, Roswitha Petry, « Les tribunaux internationaux », dans Laurent Moreillon, Aude Bichovsky et Maryam Massrouri (éds.), *supra* note 89, à la p 53.

⁷⁸⁸ Eugenia Zorbas, *supra* note 708, à la p 33.

soupçonnés d'avoir commis plusieurs crimes relevant de la compétence du tribunal⁷⁸⁹. Toutes choses qui ont conduit à une très grande déception des rwandais vis-à-vis du T.P.I.R.

Par rapport aux juridictions *Gacaca*, initialement, elles étaient perçues comme des plateformes de promotion de la réconciliation et de la guérison à travers la confession des victimes des crimes⁷⁹⁰. Cependant, elles semblent n'avoir point réussi à jouer pleinement ce rôle. En effet, puisqu'au lieu d'être un outil de conciliation et de pardon à l'image de la T.R.C. sud-africaine, les *Gacaca* étaient plutôt utilisées pour accuser des ennemis⁷⁹¹. Quant au droit à la justice, les juridictions traditionnelles *Gacaca* sont vues par beaucoup de rwandais comme injuste⁷⁹². En effet, elles ne jugeaient pas les crimes commis par le F.P.R.⁷⁹³. Ce qui était une importante source de grande frustration pour les victimes en quête de justice pour ces crimes. De plus, certains soldats du F.P.R. dont les familles ont été massacrées durant le génocide, sont en colère et cherchent à se venger à travers les *Gacaca* contre toute personne reconnu d'être Hutu⁷⁹⁴. Cela conduit à un autre problème qui est que les *Gacaca* sont perçus comme étant de la "justice des vainqueurs". Les crimes du F.P.R. commis avant 1994 et pendant et après le génocide au Rwanda ou en République démocratique du Congo sont en dehors de leur compétence⁷⁹⁵. Les *Gacaca* sembleraient également entièrement à la solde du pouvoir de Kigali et sont utilisées comme outils de contrôle de la population rwandaise⁷⁹⁶.

⁷⁸⁹ *Ibid* à la p 34.

⁷⁹⁰ *Ibid* à la p 36.

⁷⁹¹ Jennie E. Burnet, *supra* note 699, aux pp 103-114.

⁷⁹² *Ibid*.

⁷⁹³ *Ibid* à la p 96.

⁷⁹⁴ *Ibid*.

⁷⁹⁵ *Ibid* à la p 103.

⁷⁹⁶ Voir à cet effet, Susan Thomson, « The Darker Side of Transitional Justice: The Power Dynamics Behind Rwanda's Gacaca's Courts », (2011) 81 Africa 373.

3.3 Conclusion du chapitre III

Au regard de ce qui précède, deux constats se dressent: d'une part, nous pouvons affirmer que les mécanismes de la justice transitionnelle et les responsabilités pour crimes de génocide en ex-Yougoslavie et au Rwanda se complètent à certains égards. En effet, les premières favorisent et exigent-même la mise en œuvre des secondes. Mais d'autre part, certaines contradictions demeurent entre les deux mécanismes. Ces incohérences sont dues dans un premier temps aux limites inhérentes au système de justice pénale punitive. Cette forme de justice semble avoir du mal à réprimer selon toutes les exigences du droit international, des crimes de masse comme le génocide, surtout lorsque celui-ci se produit à une très grande échelle comme ce fut le cas au Rwanda. La question se pose alors de savoir si le système de responsabilité pénale individuelle convient dans des situations comme celles de l'ex-Yougoslavie et surtout du Rwanda où pratiquement presque toute une population a participé au génocide? Une forme de responsabilité plus collective ne serait-elle pas une réponse appropriée dans un tel contexte? Dans un second temps, il y a des contradictions qui portent sur l'objectif de réconciliation des mécanismes de justice transitionnelle. La question se pose de savoir si la justice punitive avec les exigences du droit international en matière de répression du crime de génocide, peut contribuer à la réconciliation. *A contrario*, des poursuites qui permettraient un certain assouplissement des règles du droit international sont-elles compatibles avec l'obligation de poursuivre et de réprimer le crime de génocide, telle que définie dans la Convention de 1948? À ces interrogations, même s'il convient de rappeler que pratiquement le droit international assez restreint dans certains contextes, on pourrait avancer quant aux points ci-dessus évoqués, qu'il y a plus de contradictions, entre la justice transitionnelle et les responsabilités pour crime de génocide.

CONCLUSION

Au regard des réflexions menées dans le présent mémoire, il appert que le génocide est un crime très grave en international. Cette extrême gravité s'explique par la particularité même du crime: l'intention spécifique de « détruire en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel »⁷⁹⁷. Cette caractéristique intrinsèque au crime de génocide, le distingue d'autres infractions voisines telles que le « nettoyage ethnique », les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité. Sans avoir été officiellement qualifié de crime du droit international, le génocide ou les massacres de cette nature ont bien existé avant la Seconde Guerre mondiale. Mais c'est lors de cette guerre que le crime va particulièrement attirer l'attention du monde, notamment sous le régime meurtrier d'Adolph Hitler en Allemagne occupée. La barbarie était telle qu'à la fin de la guerre, la communauté internationale prit la ferme décision que de tels actes ne se produisent plus. Elle adopte ainsi la Convention de 1948 sur le génocide⁷⁹⁸. Il s'agissait du premier instrument juridique contraignant qui définissait de façon officielle le crime de génocide et qui créait à la charge des États, une obligation le prévenir et de le réprimer. Volonté ferme de bannir ce crime à tout jamais sur terre, l'interdiction du génocide est très vite reconnue comme norme de *jus cogens* par laquelle aucune violation n'est permise⁷⁹⁹. Qualifié par certains comme le « crime des crimes »⁸⁰⁰, le génocide est une infraction internationale qui fait désormais partie du droit international coutumier et toute personne qui le commet engage sa responsabilité pénale individuelle sur le plan international. En outre, les normes qui le prohibent ont un caractère *erga omnes* et vise à protéger les valeurs fondamentales de l'humanité. Tous les États doivent donc travailler non seulement à le prévenir, mais aussi à réprimer ses auteurs. En tant que crime imputable à l'État, le

⁷⁹⁷ Voir la définition du crime de génocide, *supra* note 135.

⁷⁹⁸ Convention sur le génocide, *supra* note 11.

⁷⁹⁹ Voir l'arrêt *Barcelona Traction*, *supra* note 137, à la p 33, au para 33.

⁸⁰⁰ *Procureur c. Kayishema et Ruzindana*, ICTR-95-1-A, T.P.I.R., (Chambre d'appel, Jugement du 1er juin 2001), au para 367.

génocide constitue aussi un fait internationalement illicite et engage la responsabilité internationale de l'État. Malgré ces responsabilités liées à la commission du génocide, l'illusion de son éradication ne durera qu'un temps. En 1994, au Rwanda, et en 1995, en ex-Yougoslavie, avec la plus grande consternation, le monde entier est témoin de crimes d'une brutalité effarante. Certains de ces crimes seront plus tard qualifiés respectivement par le T.P.I.R. et le T.P.I.Y. de génocide⁸⁰¹.

La question qui se pose est comment en est-on arrivé à la perpétration de crimes de génocide, malgré l'adoption de la Convention de 1948? Quelles sont les raisons d'un si grand échec qui menace l'existence-même de l'humanité?

Tout d'abord, le début des années 1990 est encore marqué par les réminiscences de la guerre froide. Le Conseil de sécurité des Nations Unies, obnubilé par les effets de la *glasnost*, la chute du mur de Berlin et l'implosion du bloc soviétique, hésitait encore à s'engager dans des conflits internes qu'il explique en partie par l'interprétation « ethnique » et des rivalités ancestrales⁸⁰². Par ailleurs, comme il a été démontré, l'un des obstacles majeurs de la poursuite au pénal de crime de génocide demeure toute la difficulté de démontrer l'intention génocidaire. Des cas de l'ex-Yougoslavie et du Rwanda, l'expérience a toujours montré à quel point il est extrêmement délicat de déterminer hors de tout doute le *dolus specialis* qui caractérise le génocide. Le plus souvent, les juges procèdent au cas par cas, en prenant le soin d'analyser les circonstances particulières de chaque situation. L'imbroglio juridique du crime se complexifie davantage dans un contexte de justice transitionnelle où il faut négocier une « transition prudente vers la démocratie et la paix »⁸⁰³. En effet, bien que ce contexte repose sur les quatre mesures qui sont: le droit à la vérité, le droit à la justice, le droit aux réparations et le droit aux garanties de non-répétition, ces

⁸⁰¹ Voir par exemples, pour le génocide rwandais, l'affaire *Akayesu*, ICTR-96-3-T, T.P.I.R., (Chambre de première instance, Jugement du 2 septembre 1998) ; pour l'ex-Yougoslavie, voir l'affaire *Procureur c. Krstić*, IT-98-33-T, T.P.I.Y., (Chambre de première instance, jugement du 2 août 2001).

⁸⁰² Kora Andrieu, *supra* note 245, aux pp 75-87 et 151-159.

⁸⁰³ Sandrine Lefranc, *supra* note 62, à la p 132.

mécanismes visent à assurer ultimement la réconciliation et la paix. Il semble alors exister une certaine contradiction à l'intérieur même de la notion de justice transitionnelle. En effet, l'ensemble de ces mesures convergent toutes vers un objectif commun: l'obligation générale qui pèse sur les États de mettre fin à l'impunité des crimes internationaux en général et du génocide en particulier⁸⁰⁴. Aujourd'hui, cette obligation des États relève très probablement du droit international coutumier depuis l'adoption par le Conseil économique et social de l'O.N.U., du rapport Joinet de 1997⁸⁰⁵ et de celui actualisé de Diane Orentlicher de 2005⁸⁰⁶. Sa matérialisation dans la pratique se manifeste par l'engagement des deux formes de responsabilité pour crime de génocide. Mais la question se pose de savoir comment concilier réconciliation et paix avec responsabilités pénale individuelle et internationale étatique? La justice transitionnelle et les responsabilités pour crimes de génocide se complètent-elles ou se contredisent-elles mutuellement?

Au regard de nos développements précédents, deux constats émergent. D'une part, les mesures de la justice transitionnelle et les responsabilités pour crimes de génocide en ex-Yougoslavie et au Rwanda, se complètent à certains niveaux. En effet, les premières contribuent à la mise en œuvre des secondes. Les exigences des droits à la vérité, à la justice, à la réparation et aux garanties de non-répétition obligent les États à mettre en place des systèmes de recherche de la vérité pour déterminer comment les crimes ont été commis, qui les a commis et pourquoi. Elles obligent aussi les États à poursuivre en justice et à engager la responsabilité pénale individuelle des auteurs des crimes internationaux dont le génocide. Elles obligent en outre les États à mettre en

⁸⁰⁴ Rapport de l'experte indépendante chargé de mettre à jour *l'Ensemble des principes pour la lutte contre l'impunité*, Diane Orentlicher, *supra* note 61, à la p 7, au Principe 1.

⁸⁰⁵ Rapport de Louis Joinet au Conseil économique et social des Nations Unies sur la *Question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'Homme (civils et politiques)*, rapport final révisé, *supra* note 80, aux pp 3-4, aux para 1-6.

⁸⁰⁶ Rapport de l'experte indépendante chargé de mettre à jour *l'Ensemble des principes pour la lutte contre l'impunité*, Diane Orentlicher, *supra* note 61.

place des programmes de réparation appropriés pour les victimes des crimes commis. Enfin, elles obligent les États à assainir les institutions afin de garantir la non-répétition des crimes dans l'avenir. Ainsi, l'ensemble de ces mesures militent en réalité vers la "sanction" sous ses différentes formes ci-dessus énumérées. Elles ont pour objectif la lutte contre l'impunité des crimes internationaux et pour le crime de génocide, elles concourent à déterminer d'une part, la responsabilité pénale des auteurs des crimes, et d'autre part, celle de l'État.

Toutefois, certaines contradictions demeurent entre les deux mécanismes. Ces incohérences s'expliquent dans un premier temps par les limites du système de justice punitive libérale. Dans les exemples de l'ex-Yougoslavie et du Rwanda, comme il a été montré, le T.P.I.Y. et le T.P.I.R. n'ont pas pu juger tous les auteurs présumés des crimes. Pour que ce crime soit réprimé à sa hauteur, il nous semble qu'il faut que les États soient plus enclins à exercer la compétence universelle. Pour ce faire, les États doivent adopter des législations appropriées qui les rendent compétents pour réprimer les crimes internationaux. Aussi, par le biais de la coopération internationale et de la mise en œuvre du principe *aut dedere au judicare*, ils doivent traquer de toute part les auteurs présumés des graves crimes et les punir. En effet, il nous paraît que la création de juridictions pénales internationale *ad hoc* n'est pas la meilleure solution pour réprimer les crimes internationaux dont le génocide. Le génocide est un crime le plus souvent imputable à toute une communauté. Il paraît, dès lors primordiale, qu'en réponse à ce crime, le droit international puisse organiser des formes de responsabilité collective. Même avec l'adoption du Statut de Rome sur la C.P.I. qui marque probablement la fin des tribunaux pénaux *ad hoc*, et consacre une nouvelle ère de la justice pénale internationale n'est pas suffisant. En effet, celle-ci ne pourra juger tous les crimes internationaux. Il sera assez difficile pour la Cour de juger tous les auteurs présumés des crimes internationaux et surtout dans les contextes de génocide. C'est pourquoi, nous pensons que le renforcement de la compétence universelle est la voie royale pour assurer une répression efficace au crime de génocide. Les États

devraient s'engager plus à poursuivre sur cette base tous les présumés auteurs des crimes commis en ex-Yougoslavie et au Rwanda. Dans ces États et dans bien d'autres, la communauté internationale devrait accorder plus de moyens pour construire les systèmes judiciaires pour qu'ils soient à même de poursuivre tous les auteurs présumés des crimes. Cela est un gage sûr pour une réduction considérable de l'impunité des auteurs des crimes internationaux dans le monde. De même, il faudrait renforcer la surveillance internationale des procès pour les crimes internationaux au sein des États en transition, jusqu'à ce qu'un véritable engagement politique et une réforme globale permettent aux tribunaux d'exercer la justice.

Dans un second temps, les contradictions entre la justice transitionnelle et les responsabilités pour crime de génocide tiennent à l'objectif de réconciliation assignée à ces mécanismes transitionnels. En effet, comment concilier l'obligation de punir le crime de génocide avec les aspirations à une société post-confliktuelle réconciliée? La justice et la paix sont-elles complémentaires où sont-elles totalement opposées? Il nous semble que dans les contextes transitionnels, le droit international octroie un certain assouplissement des règles de punition. Généralement, les poursuites pénales vont à l'encontre des "plus grands responsables". Les "petits présumés criminels" sont le plus souvent intégrés dans les processus de réconciliation à travers d'autres formes de responsabilité comme les C.V.R. et les juridictions traditionnelles. C'est probablement ce qui explique le recours aux juridictions traditionnelles *Gacaca* au Rwanda. Ces tribunaux traditionnels quoique critiqués pour le non respect des droits fondamentaux des victimes, ont pu se présenter comme une alternative à l'échec relatif du système de justice pénale rétributive libérale au Rwanda.

Au regard de ce qui précède, notre position est nuancée sur la question de savoir s'il y a une complémentarité ou une contradiction entre les mécanismes de justice transitionnelle et les responsabilités pour crimes de génocide. Même s'il faut reconnaître que la consécration et l'approche intégrée des quatre mesures de la justice

transitionnelle démontrent une très forte complémentarité entre les deux mécanismes, il faut aussi prendre en compte les contradictions ci-dessus énumérées. Mais à notre avis, celles-ci ne saurait substantiellement entacher la très forte adéquation entre les mécanismes de justice transitionnelle et les responsabilités pour crimes de génocide. Notre hypothèse de départ se trouve donc confirmée par notre analyse, en ce sens que les mécanismes de justice transitionnelle dans les contextes de génocide, ne contredisent pas forcément les responsabilités pour ce crime. Ils créent plutôt un cadre adéquat d'imputabilité qui favorise la réconciliation post-confliktuelle et l'instauration d'une paix véritable et permanente.

Nous ne saurons terminer ce mémoire sans souligner que nous sommes conscients du caractère limité de nos analyses à certains égards. Tout d'abord, nous reconnaissons que certaines questions n'ont pas pu être examinées en profondeur. C'est le cas par exemple du cadre juridique du crime de génocide. Cette thématique est tellement vaste que nous l'avons limité aux aspects les plus pertinents de notre sujet. Aussi, les notions de responsabilités pénales individuelles et internationales n'ont pas pu être abordées de façon exhaustive. Nous les avons analysées de façon limitée dans le but de nous en tenir à ce qui est important pour notre sujet. Par ailleurs, la question centrale de la relation entre les mécanismes de justice transitionnelle et les deux formes de responsabilité n'a pu être étudiée de façon complète dans tous ses aspects. L'ensemble de ces limitations s'explique en grande partie, par les restrictions concernant le nombre de pages d'un mémoire de maîtrise. Nous sommes de ce fait conscients de ces limites et pensons que dans des recherches ultérieures, les réflexions pourront être menées de manière plus poussée sur ces différents aspects. La problématique du dilemme entre la justice et la paix surtout en contexte de crimes graves comme le génocide, sera sans doute une des questions phares sur lesquelles les diplomates, les chercheurs que les juges auront encore se pencher pour y trouver un juste équilibre dans les prochaines décennies.

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

A. Doctrine

1. Monographies

Acorn, Annalise. *Compulsory Compassion: A Critique of Restorative Justice*, Vancouver, Toronto, UBC Press, 2004.

Akçam, Taner. *From Empire to Republic: Turkish Nationalism and the Armenian Genocide*, London, Zed Books, 2004.

Andrieu, Kora. *La justice transitionnelle : de l'Afrique du sud au Rwanda*, Barcelone, Gallimard, Coll. Folio, 2012.

Arbour, J.-Maurice. et Parent, Geneviève. *Droit international public*, Cowansville (Québec), Éditions Yvon Blais, 6^e édition, 2012.

Arpi, Claude. *Tibet, le pays sacrifié*, Paris, Calmann-Lévy, 2000.

Atias, Christian. *Épistémologie juridique*, Coll. Droit fondamental, Paris, Presses universitaires de France, 1985.

Bassiouni, M. Cherif. (éd.), *The Pursuit of International Criminal Justice: A World Study on conflicts, Victimization, and Post-Conflict Justice*, Antwerp, Oxford, Portland, Intersentia, 2010.

Bassiouni, M. Cherif. *A Draft International Criminal Code and Draft Statute for an International Criminal Tribunal*, Dordrecht, Boston, Lancaster, Martinus Nijhoff Publishers, 1987.

Bassiouni, M. Cherif. *International Criminal Law: Crimes*, Dobbs Ferry, New York, Transnational Publishers, 1986.

Bassiouni, M. Cherif. *Introduction au droit pénal international*, Bruxelles, Bruylant, 2002.

Bassiouni, M. Cherif. *Introduction to International Criminal Law*, Ardsley, New York, Transnational Publishers, 2003.

Bentham, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford, Clarendon Press, 1879, xiii. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, tome 1, Paris, Éditions Garnier, 1965.

Brierly, James Leslie. *The Law of Nations*, 6^e édition révisé par Sir Humphrey Waldock., Oxford, Clarendon Press, 1963.

Brownlie, Ian. (ed.) *Basic Documents on Human Rights*, 3^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1992.

Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 7th ed, 2008.

Broomhall, Bruce. *International Justice and the International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

Bruneteau, Bernard. *Le siècle des génocides: Violences, massacres et processus génocidaires de l'Arménie au Rwanda*, Paris, Armand Colin, 2004.

Cassese, Antonio. *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2nd edition, 2008.

Cassese, Antonio., Gaeta, Paola et Jones J.R.W.D. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Vol. 1 (2002).

Chevrette, François. et Cyr, Hugo. « De quel positivisme parlez-vous? », dans Louise Rolland et Pierre Noreau, éd., *Mélanges Andrée Lajoie*, Montréal, Thémis, 2008, aux pp 33-60,

Chigara, Ben. *Amnesty in International Law. The Legality under International Law of National Amnesty Laws*, Londres, Longman, 2002.

Coquio, Catherine. (éd.), *Parler des Camps, penser les génocides*, éditions Albin Michel, 1999.

Currie, Robert. *International & Transnational Criminal Law*, Toronto, Irwin Law, 2010.

Dadrian, Vahakn N. *Warrant for Genocide, Key element for Turko-Armenian Conflict*, New Brunswick, NJ: Caravan Books, 1990.

D'Amato, Anthony A. *The Concept of Custom in international Law*, New York, Cornell University Press, 1971.

Decaux, Emmanuel., et Thierry, Hubert. (dir.), dans *Droit international et droits de l'Homme*, Paris, Montchrestien, 1990.

Defert, Gabriel. *Timor-Est: le génocide oublié, Droit d'un peuple et raisons d'États*, Paris, l'Harmattan, 1992.

De Greiff, Pablo. (éd.), *The Handbook of Reparations*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2006.

Djidara, Marc et al., *Le nettoyage ethnique*, Paris, Le Seuil, 2002.

Drost Pieter, Nicolaas. *The Crime of State*, Vol. II: Genocide, Leiden, A. W. Sythoff, 1959.

Dupuy, Pierre-Marie et Kerbrat, Yann. *Droit international public*, Dalloz, 11e édition, 2012.

Elster, John. *Closing the Books: Transitional Justice in Historical Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

Foster, Benjamin R. et al., *Iraq Beyond the Headlines: History, Archaeology, and War*, New Jersey, London, Singapour, World Scientific, 2005.

Freeman, Mark. *Truth Commissions and Procedural Fairness*, Cambridge University Press, Cambridge, New York, 2006.

Frouville, Olivier de. *Droit international pénal: sources, incriminations, responsabilité*, Paris, Les Éditions A. Pedone, 2012.

Fukuyama, Francis. *La fin de l'histoire et le dernier homme*, Paris, Flammarion, 1992.

Garapon, Antoine. *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner pour une justice internationale*, Paris, Odile Jacob, 2002.

Gény, François. *Science et technique en droit privé positif*, 4 vol., Paris, Sirey, 1913.

Ginsburgs, Georges et Nikolaevich, Kudriavtsev Vladimir. (eds.), *The Nuremberg Trial and International Law*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1990.

Glaser, Stefan. *Droit international pénal conventionnel*, Bruxelles, Bruyant, 1970.

Grotius, Hugo. *le droit de la guerre et de la paix*, Paris, PUF, coll. « Leviathan », 1999.

Grotius, Hugo. *le droit de la guerre et de la paix*, trad P. Pradier-Fodéré, Paris, Guillaumin et Cie, 1867.

Gutman, Roy. *Bosnie : témoin du génocide*, London, Hurst & Co., 1999.

Hamilton-Merritt, Jane. *Tragic Mountains: The Hmong, the Americans, and the Secret Wars for Laos, 1942–1992*, USA, Indiana University Press, 1999.

Hanzelin, Marc. *Le principe de l'universalité en droit pénal international: droit et obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*, Helbing, Lichtenhahn, Bâle, 2000.

Harris, Marshall Freeman., Hitchner, R. Bruce et Williams, Paul R., *Bringing War Criminal to Justice: Obligations, Options, Recommendations*, Dayton, OH: Center for International Programs, University of Dayton, 1997.

Hart, H.L.A. *The concept of law*, Oxford University press, 1961. Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Trad. Franç. par Eisenmann, Charles de la 2^e éd. de la Reine Reschschle, Paris, Dalloz.1962.

Hayner, Priscilla B. *Unspeakable Truths: Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions*, New York, London, Routledge, 2^e édition, 2011.

Hazan, Pierre. *Juger la guerre, juger l'histoire*, Paris, PUF, 2007.

Hilberg, Raul. *La destruction des juifs d'Europe*, Éditions Gallimard, Collection Folio, 2006.

Hinton, Alexandre L. (ed.), *Genocide. An Anthropological Reader*, Oxford, Blackwell, 2002.

Hovannisian, Richard G. (éd.), *The Armenian Genocide, History, Politics, ethics*, New York, St Martin's Press, 1991.

Jaulin, Robert. *La paix blanche: introduction à l'ethnocide*, Paris, Le Seuil, 1970.

Johnstone, Gerry. (ed.), *A Restorative Justice Reader: Texts, Sources, Context*, Devon, Willam Publishing, 2003.

Johnstone, Gerry. et Van Ness, Daniel W. (ed.), *Handbook of Restorative Justice*, Devon, Willam Publishing, 2007.

Jones, Nicholas A. *The Courts of Genocide: Politics and the Rule-of-Law in Rwanda and Arusha*, New York, Routledge, 2010.

Kiernan, Ben. *Blood and Soil: A World History of Genocide and Extermination from Sparta to Darfur*, New Haven & London, Yale University Press, 2007.

Kiernan, Ben. *The Pol Pot Regime: Race, Power and Genocide in Cambodia under the Khmer Rouge, 1975-1979*, New Haven, Yale University Press, 1996.

Kittichaisaree, Kriangsak. *International Criminal Law*, USA, Oxford University Press, 2001.

Kolb, Robert. *droit international pénal*, Bâles, Bruxelles, Helbing Lichtenhahn, Bruylant, 2008.

Krieger, Heike. *East Timor and the International Community*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996.

Kuper, Léo. *Génocide, Its Policical Use in the Twentieth Century*, New Haven, Yale University Press, 1981.

La Rosa, Anne-Marie. *Juridictions pénales internationales, la procédure et la preuve*, Paris, PUF, 2003.

Lafontaine, Fannie. *Prosecuting Genocide, Crimes Against Humanity and War Crimes in Canada Courts*, Toronto, Carswell, 2012.

Lemkin, Raphael. *Axis Rule in Occupied Europe: Law of Occupation – Analysis of Government – Proposals for Redress*, Washington, D.C., Carnegie Endowment for International Peace, 1944.

Lingane, Zakaria. *Mémoire et génocides au XX^e siècle*, Québec, les Presses de l'université de Laval, 2008.

MacNamara, Donal E. J. et Stead, Philip John. *New Dimensions in Transnational Crimes*, New York, The John Jay Press, 1982.

Madsen, Franck J. *Transnational Organized Crimes*, London, Routledge, 2009.

Maison, Rafaëlle. *La responsabilité individuelle pour crime d'État en droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2004.

Melson, Robert. *Revolution and Genocide: On the Origine of the Armenian Genocide and the Holocaust*, Chicago, University of Chicago Press, 1992.

Merón, Theodor. *Human Rights and Humanitarian Law as Customary Law*, Clarendon Press, Oxford, 1989.

Minow, Martha. *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History After Genocide and Mass Violence*, Beacon Press, Boston, 1992.

Naquet, Pierre-Vidal. *Les assassins de la mémoire*, Paris, La découverte, 2005.

Neier, Aryeh. *War Crimes: Brutality, Genocide, Terror, and the Struggle for Justice*, New York, Toronto, Times Book, 1998.

Plawski, Stanislaw. *Étude des principes fondamentaux du droit international pénal*, Paris, LGDJ, 1972.

Ponchaud, François. *Cambodge, année zéro*, Paris, Julliard, 1977.

Quoc Dinh, Nguyen. *Droit international public*, Paris, L.G.D.J, 1999.

Raynal, Maryse. *Justice traditionnelle, justice moderne: le devin, le juge, le sorcier*, Paris, L'Harmattan, Collections « Logiques Juridiques », 1994.

Renaut, Alain. et Sosoe, Lukas. *Philosophie du droit*, Paris PUF, 1991.

Rey-Debove, Jonette. et Rey, Alain. (dir.), *Le Nouveau Petit Robert de la langue française*, Paris, Nouvelle éditions millésime, 2009.

Richards, James R. *Transnational Criminal Organizations, Cybercrime and Money Laundering*, Boca Raton, London, Washington, D.C., CRC Press, 1999.

Robert, Paul. *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Le Robert*, Paris, Société du Nouveau Littré, 1973.

Robinson, Nehemiah. *The Genocide Convention: A commentary*, New York, The Institute of Jewish Affairs, 1960.

Rummel, Rudolph J. *Death by Government*, New Brunswick, Transaction Publishers, 1994.

Sadat, Leila Nadya. *The International Criminal Court and the Transformation of the International Law: Justice for the New Millenium*, Ardsley, New York, Transnational Publishers, 2002.

Scarpelli, Uberto. *Qu'est-ce que le positivisme juridique?*, Paris, Bruxelles, Librairie générales de Droit et de Jurisprudence, Bruylant, 1996.

Schabas, William A. *Genocide in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

Schabas, William A. *Genocide in International Law. The crime of crimes*, Cambridge University Press, 2nd ed, 2009.

Scott, James Brown.(éd.), *The International Conferences of the American States*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1940.

Sliwinski, Marek. *Le génocide khmer rouge : une analyse démographique*, Paris, L'Harmattan, 1995.

Sudre, Frédéric. *Droit international et européen des droits de l'Homme*, Paris, PUF, 9e éd., coll. Droit fondamental, 2008.

Tatum, Dale C. *Genocide at the Dawn of the 21st Century: Rwanda, Bosnia, Kosovo, and Darfur*, New York, Palgrave Macmillan, 2010.

Teitel, Ruti G. *Transitional Justice*, New York, Oxford, Oxford University Press, 2000.

Telford, Taylor. *The Anatomy of the Nuremberg Trials*, USA, Little Brown & Co (P), 1993.

Ternon, Yves. *L'État criminel: les génocides du XXe siècle*, Paris, Éditions du Seuil, 1995.

Van Billoen, Salomé. *Les juridictions Gacaca au Rwanda: une analyse de la complexité des représentations*, Bruxelles, Bruylant, 2008.

Wemmers, Jo-Anne. (dir.), *Reparation and the International Criminal Court: Meeting the needs of victims*, Montréal, International Center of Comparative Criminology, University of Montreal, 2006.

Werle, Gerhard. *Principles of International Criminal Law*, T.M.C. Asser Press, 2nd Edition, 2009.

Wieviorka, Annette. *Les procès de Nuremberg et de Tokyo*, Bruxelles, André Versaille (éd.), 1996.

Willam, Jean-Claude. *L'ONU au Rwanda (1993-1995) : La "communauté internationale" à l'épreuve d'un génocide*, Bruxelles, Paris, Labor/Maisonneuve et Larose, 1996.

Xavier, Philippe. « Brèves réflexions sur les relations entre justice transitionnelle et constitution », dans *Mélanges en l'honneur de Favoreu Louis, Renouveau du droit constitutionnel*, Dalloz, 2007.

2. Contributions à des ouvrages collectifs

Bassiouni, M. Cherif. « Accountability for Violations of International Humanitarian Law and Other Serious Violations of Human Rights », dans Bassiouni, M. Cherif.(éd.), *Post-Conflict Justice*, Ardsley, New York, Transnational Publishers, 2002, aux pp 3-54.

Bassiouni, M. Cherif. « The Making of the International Criminal Court », dans Bassiouni, M. Cherif. (éd.), *International Criminal Law*, 3è éd., Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, vol. III.

Bobbio, Norberto. « Sur le positivisme juridique », dans *Mélanges Paul Roubier*, t. 1, Paris, Dalloz et Sirey, 1961, aux pp 53-76.

Boreine, Alex. « Truth and Reconciliation in South Africa: the Third Way », dans Rotberg Robert I. et Thompson, Dennis.(éd.), *Truth v. Justice*, Princetone, Princetone University Press, 2000, aux pp 141-157.

Burgess, Patrick. « Justice and Reconciliation in East Timor. The Relationship Between the Commission for the Reception, Truth and Reconciliation and the Courts », dans Schabas, William A. (éd.), *Truth Commissions and Courts: The tension Between Criminal Justice and the Search for the Truth*, Dordrecht, The Netherlands, Kluwer Academic Publishers, 2004, aux pp 135-158.

Burgorgue-Larsen, Laurence. « Le génocide ignoré du Timor Oriental », dans Boustany, Katia., et Dormoy, Diane. (dir.), *Génocide(s)*, Bruxelles, éditions Bruylant, 1999, aux pp 213-250.

Burnet, Jennie E. « (In)Justice: Truth, Reconciliation, and Revenge in Rwanda's Gacaca », dans Hinton, Alexander Laban.(éd.), *Transitional Justice: Global Mechanism and Local Realities after Genocide and Mass Violence*, New Brunswick, New Jersey, London, Rutgers university Press, 2010, aux pp 95-118.

Cammack, Diana. « Reparations in Malawi », dans De Greiff, Pablo. *The Handbook of Reparations*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2006, aux pp 242-243.

Cassese, Antonio. « Is Genocidal Policy a Requirement for the Crime of Genocide? », dans Gaeta, Paola.(éd.), *The UN Genocide Convention - A Commentary*, Oxford, Oxford university Press, 2009, aux pp 128-136.

Cassese, Antonio. « La communauté internationale et le génocide », dans *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*. Mélanges Virally, Michel. Paris, Pedone, 1991, aux pp 183-194.

Coleman, Jules L. et Leiter, Brian. « Legal Positivism », dans Patherson, Denis. (dir.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Cambridge (MA), Blackwell Publishers, 1996, aux pp 228-248.

Cueva, Eduardo González. « The Contribution of the Peruvian Truth and Reconciliation Commission to Prosecutions », dans Schabas William A. (éd.), *Truth Commissions and Courts: The tension Between Criminal Justice and the Search for the Truth*, Dordrecht, The Netherlands, Kluwer Academic Publishers, 2004, aux pp 55-66.

Doria, José., et al., « Afrique », dans Bassiouni M. Cherif (éd.), *The Pursuit of International Criminal Justice: A World Study on conflicts, Victimization, and Post-Conflict Justice*, Antwerp, Oxford, Portland, Intersentia, 2010, aux pp 357-511.

Doria, José., et al., « Rwanda », dans Bassiouni M. Chérif (éd.), *The Pursuit of International Criminal Justice : A World Study on Conflicts, Victimization, and Post-Conflict Justice*, Vol. 2, Intersentia, Antwerp, Oxford, Portland, 2010, aux pp 398-407.

Dupuy, Pierre-Marie. « International Criminal Responsibility of the Individual and International Responsibility of the State », dans Cassese, Antonio., Gaeta. Paola. et Jones. R.W.D Jones, (dirs.), *The Rome Statute of International Criminal Court: a Commentary*, Vol. II, Oxford University Press, 2002, aux pp 1085-1099.

Falk, Richard. « Reparations, International Law, and Global Justice: A New Frontier », dans De Dreiff, Pablo. *The Handbook of Reparations*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2006, aux pp 478-503.

Fein, Helen. « Scenarios of Genocide: Model of Genocide and Critical responses », dans Jonasshon, Kurt. (dir.), *Toward the understanding and Prevention of Genocide: Proceedings of the International Conference on the Holocaust and Genocide by Israel W. Charny*, (1986) 15:3 Contemporary Sociology 493.

Joinet Louis, « Un état des lieux des principes et standards internationaux Justice transitionnelle », dans Bleeker Mô, *La justice transitionnelle dans le monde francophone : état des lieux*, Conférence Paper 2/2007, Dealing with the Past – Series, Séminaire international de Yaoundé, 4-6 décembre 2006, aux pp 3-16.

La Rosa, Anne-Marie.et Villalpando, Santiago. « Le crime de génocide revisité, nouveau regard sur la définition de la Convention de 1948 à l'heure de son cinquantième anniversaire, tentative d'appréhension des éléments constitutifs du crime », dans Boustany, Katia., et Dormoy, Daniel. (dir.), *Génocide(s)*, Bruxelles, éditions Bruylant, 1999, aux pp 53-110.

La Rue, Franck.« The Truth Commissions and the National Whole, Comments », dans Bleeker, Mô W. (éd.), *The Legacy of Truth: The Impact of Transitional Justice in the Construction of Democracy in Latin America 90*, International Center for Transitional Justice, 2007.

Lalèyê, Issiaka-Prosper. « Comment meurent les cultures? Interrogations philosophico-anthropologiques sur le concept de génocide culturel », dans Boustany, Katia.etDormoy, Daniel.*Génocide(s)*, Bruxelles, éditions Bruylant, 1999, aux pp 265-293.

Margolin, Jean-Louis.« Mao's China: The Worst Non-Genocidal regime? », dans Dan, Stone. (éd.) *The Historiography of Genocide*, New York, Palgrave McMillan, 2008, aux pp 438-467.

Marschik, Alexander. « European National Approaches to War Crimes », dans McCormack, Thimothée, L. H. et Simpson, Gerry J. (éds.), *The Law of War Crimes: National and International Approaches*, The Hague, Netherland, Kluwer Law International, 1997, aux pp 79-81.

Massrouri, Maryam.et Magri, Loredana. « Le génocide », dans Laurent, Moreillon., Aude, Bichovsky., et Massrouri, Maryam. (éds.), Série II, vol. 5, *Droit pénal humanitaire*, 2^{ème} édition, Helbing Lichtenhahn, Bruyant, 2009, aux pp 231-249.

Mayer-Rieckh, Alexandre. « Réforme du système de sécurité et procédures de vérification et de filtrage de la fonction publique (vetting) », dans Mô, Bleeker. (éd.), *La justice transitionnelle dans le monde francophone : état des lieux*, Conference paper 2/2007, Dealing with the Past – Series, 2007, aux pp 43-52.

McCormack, Timothy L. H. « From Sun Tzu to the Sixth Committee: The Evolution of an International Criminal Law Regime », dans McCormack, Timothy L.H. et Simpson, Gerry J., (eds.), *The Law of War Crimes: National and International Approaches*, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, aux pp 37-39.

Megret, Frédéric. « Le renouveau de la notion de crime d'État devant la Cour interaméricaine: San José reprend le flambeau abandonné à Genève et néglige à la Haye? », dans Hennebel, Ludovic. (dir.), *Le particularisme interaméricain*, En

l'honneur du 40^e anniversaire de la Convention américaine des droits de l'Homme, Paris, A. Pedone, 2009, aux pp 313-345.

Moreillon, Laurent. « Crime de génocide et intention: Blocage juridique ou blocage politique », dans Moreillon, Laurent., Bichovsky., Aude et Massrouri, Maryam. (éds.), *Droit pénal humanitaire*, Helbing Lichtenhahn, Bruyant, Série II, vol. 5, aux pp 251-269.

Perrier, Camille. « Justice transitionnelle au Rwanda: les juridictions Gacaca », dans Moreillon, Laurent., Bichovsky, Aude et Massrouri, Maryam. (éds.), *Droit pénal humanitaire*, Helbing Lichtenhahn, Bruyant, Série II, vol. 5, aux pp 57-73.

Petry, Roswitha. « Les tribunaux internationaux », dans Moreillon, Laurent., Bichovsky, Aude., et Massrouri, Maryam. (éds.), Série II, vol. 5, *Droit pénal humanitaire*, 2^{ème} édition, Helbing Lichtenhahn, Bruyant, 2009, aux pp 39-55.

Rodríguez-Rescia, Victor. « Central and South America », dans Bassiouni, M. Cherif. (éd.), *The Pursuit of International Criminal Justice: A World Study on conflicts, Victimization, and Post-Conflict Justice*, Antwerp, Oxford, Portland, Intersentia, 2010, aux pp 171-354.

Roussy, Ariane. « Le principe de l'universalité du droit de punir comme compétence juridictionnelle nationale des États », dans Moreillon, Laurent., Bichovsky, Aude et Massrouri, Maryam. (éd.), *Droit pénal humanitaire*, Série II, Volume 5, 2^e éd., Helbing Lichtenhahn, Bruylant, aux pp 21-38.

Schabas, William A. « A Synergistic Relationship: The Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission and the the Special Court for Sierra Leone », dans Schabas, William A. (éd.), *Truth Commissions and Courts: The tension Between Criminal Justice and the Search for the Truth*, Dordrecht, The Netherlands, Kluwer Academic Publishers, 2004, aux pp 3-54.

Schabas, William A. « L'affaire Akayesu et ses enseignements sur le droit du genocide », dans Boustany, Katia., et Dormoy, Daniel. (dir.), *Génocide(s)*, Éditions Bruylant, 1999, aux pp 111-130.

Schabas, William A. « Le génocide », dans Hervé Ascensio, Decaux, Emmanuel et Pellet, Alain. (éd.), *Droit international pénal*, Pédone, Paris, 2000.

Schiff, Benjamin N., « Do Truth Commission Promote Accountability or Impunity? The Case of the South African Truth and Reconciliation Commission », dans

Bassiouni M. Scherif.(ed.), *Post-Conflict Justice*, Ardsley, New York, Transnational Publishers, 2002, aux pp 325-343.

Scomparin, Laura. « La victime du crime et la juridiction pénale internationale », dans Chiavario, Mario. (dir.), *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Milano, Dalloz, 2003, aux pp 335-352.

Spinedi, Maria. « La responsabilité de l'État pour « crime » : une responsabilité pénale? », dans Hervé Ascensio, Decaux, Emmanuel., et Pellet, Alain. (dir.), *Droit pénal international*, Paris, Pedone, 2000, aux pp 93-128.

Steinberg, Maxime. « Le génocide, l'histoire ou un imbroglio juridique », dans Boustany, Katia., et Dormoy, Daniel.(dir.), *Génocide(s)*, Bruxelles, Bruyant, 1999, aux pp 161-177.

Venema, Derk. « Transitions as States of Exception: Towards a More General Theory of Transitional Justice », dans Nicola, Palmer., et al. (éd.), *Critical Perspectives in Transitional Justice*, Cambridge, Antwerp, Portland, Intersentia, Series on Transitional Justice n° 8, aux pp 73-89.

Wagner, Sarah.« Identifying Srebrenica's Missing: The "Shaky Balance" of Universalism and Particularism », dans Hinton, Alexander Laban. (éd.), *Transitional Justice: Global Mechanism and Local Realities after Genocide and Mass Violence*, New Brunswick, New Jersey, London, Rutgers university Press, 2010, aux pp 25-48.

Wouters, Jan., et Verhoeven, Sten. « The Domestic Prosecution of Genocide », dans Behrens, Paul., et Henham, Ralph.(éd.), *Éléments de génocide*, New York, Routledge, 2013, aux pp 177-206.

3. Articles

Akhavan, Payam.« The Crime of Genocide in ICTR Jurisprudence », (2005) 3 *Journal of International Criminal Justice* 989.

Akhavan, Payam.« The crime of genocide in the ICTR jurisprudence », (2005) 3:4 *Journal of international criminal justice* 989.

Ambos, Kai. « Judicial Creativity at the Special Tribunal for Lebanon: Is There a Crime of Terrorism Under International Law? », (2011) 24 *Leiden Journal of International Law* 655.

Amselek, Paul. « Lois juridiques et lois scientifiques », (1987) 6 *Droits*.

Anzilotti, Dionisio. « La Responsabilisé Internationale des États, à Raison des Dommages Soufferts par des étrangers », (1906) *Revue Générale de Droit International Public* 14.

Apuuli, Kasaija Phillip. « Amnesty and International Law. The Case of the Lord's Resistance Army Insurgents in Northern Uganda », (2005) 5:2 *African Journal on Conflict Resolution* 33.

Apuuli, Kasaija Phillip. « The ICC arrest warrants for Lord's Resistance Army leaders and peace prospects for Northern Uganda » (2006) 4 *Journal of International Criminal Justice* 179.

Banegas, Richard. « Les transitions démocratiques : mobilisations collectives et fluidité politique », (1993) *Cultures & Conflits* n°12, aux pp 105-140.

Bannelier, Karine., et Christakis, Théodore. « Qu'est-ce qu'un génocide et quand un État est-il responsable pour ce crime? Analyse de l'arrêt rendu par la C.I.J dans l'affaire Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro (27 février 2007) », (2007) 1 *Revue Belge de Droit International* 257.

Bantekas, Ilias. « The Contemporary Law of Superior Responsibility », (1999) 93 *American Journal of International Law* 573.

Bassiouni, M. Cherif. « From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court », (1997) 10 *Harvard Human Rights Journal* 11.

Bassiouni, M. Cherif. « The Time has come for an International Criminal Court », (1991) 1 *Indiana International & Comparative Law Review* 1.

Bianchi, Andrea. « Human Rights and the Magic of *Jus Cogens* », (2008) 19:3 *The European Journal of International Law* 492.

Bonafé, Beatrice I. « Finding a Proper Role for Command Responsibility », (2007) 5 *Journal of Criminal Justice* 599.

Broomhall, Bruce. « Toward U.S. Acceptance of the International Criminal Court », (2001) 64:1 *Law and Contemporary Problems* 141.

Broomhall, Burce. « Towards the Development of an effective System of Universal Jurisdiction for Crimes Under International Law », (2000) 35 *New England Law Review* 399.

Buergerthal, Thomas. « The United Nations Truth Commission for El Salvador », (1994) 27 *Vanderbilt Journal of Transitional Law* 497.

Bunce, Valerie, « Should Transitologists Be gounded ? » (1995) 54:1 *Slavic Review* 111.

Burke-White, William W. « Proactive Complementarity: The International Criminal Court and National Courts in the Rome System of Justice », (2008) 49 *Harvard International Law Journal* 53.

Carcano, Andrea. « Sentencing and the Gravity of the Offence in International Criminal Law », (2002) 51 *International and Comparative Law Quarterly* 583.

Cassese, Antonio. « The Special Court and International Law: The Decision Concerning the Lomé Agreement Amnesty », (2004) 2 *Journal of International Criminal Justice* 1130.

Charney, Jonathan I. « The Persistent Objector Rule and the Development of International Customary Law », (1985) 56 *British Year Book of International Law* 1.

Chetail, Vincent. « La banalité du mal de Dachau au Darfour : Réflexion sur l'évolution du concept de génocide depuis 1945 », (2007) 131 *Relations internationales* 49.

Conderelli, Leslie. « The imputability to States of Acts of International Terrorism », (1989) 19 *Israel Yearbook on Human Rights* 289.

Dadrian, Vahakn N. « Genocide as a Problem of National and International Law: The World War I Armenian Case and its Contemporary Legal Ramifications », (1989) 14 *Yale Journal of International Law* 221.

Danner, Allison Marston, « Constructing a Hierarchy of Crimes in International Criminal Law Sentencing », (2001) 87 *Virginia Law Review* 415.

De la Rochère, Jacqueline Dutheil. « Droit au juge, accès à la justice européenne », (2011) 1:96 *Pouvoir* 123.

Dugard, John. « Reconciliation and Justice: The South African Experience », (1988) 8 *Transnational Law & Contemporary Problems* 277.

Dupuy, Pierre-Marie. « Dionisio Anzilotti and the Law of International Responsibility of States », (1992) 3 *European Journal of International Law* 139.

Dupuy, Pierre-Marie. « The International Law of State Responsibility: Revolution or Evolution? », (1989) 11 *Michigan Journal of International Law* 105.

Dupuy, Pierre-Marie. « Crime sans châtement ou mission accomplie ? », (2007) *Revue Générale de droit international public*.

Dupuy, Pierre-Marie, « Crimes et immunités, ou dans quelle mesure la nature des premiers empêche l'exercice des secondes », (1999) 103 *Revue générale de droit international public* 289.

Dukić Dražan. « Transitional justice and the International Criminal Court - in "the Interests of Justice"? », (2007) 89:867 *International Review of the Red Cross* 691.

Frulli, Micaela. « Are Crimes against Humanity More serious than War Crimes? », (2001) 12 *European Journal of International Law* 329.

Gaeta, Paola. « The Defence of Superior Orders: The Statute of the international Criminal Court versus Customary International Law », (1998) 10 *European Journal of International Law* 172.

Gattini, Andrea. « Breach of the Obligation to Prevent and Reparation Thereof in the ICJ's Genocide Judgment », (2007) 18:4 *European Journal of International Law* 695.

Gavron, Jessica. « Amnesties in light of developments in international law and the establishment of the International Criminal Court », (2002) 51 *International and Comparative Law Quarterly* 91.

Green, L. C. « Command Responsibility in International Humanitarian Law », (1995) 5 *Transnational Law and Contemporary Problems* 319.

Greenawalt, Alexander K. A. « Rethinking Genocidal intent: The case of a Knowledge-base Interpretation », (1999) 99 *Columbia Law Review* 2259.

Grodsky, Brian. « Re-Ordering Justice: Towards A New Methodological Approach to Studying Transitional Justice », (2009) 46:6 *Journal of Peace Research* 819.

H.L.A., Hart. « Positivism and the separation of the law and morals », (1958) 71:4 *Harvard law review* 593.

Hafner, Gerhard. « An Attempt to Explain the Position of the USA towards the ICC », (2005) 3 *Journal of International Criminal Justice* 323.

Harff, Barbara., et Gurr, Ted Robert. « Toward Empirical Theory of Genocides and Politicides: Identification and Measurement of Cases Since 1945 », (1988) *International Studies Quarterly* 359.

Hayner, Priscilla B. « Fifteen Truth Commission – 1974 to 1994: A Comparative Study », (1994) 16 *Human rights Quarterly* 597, à la p 629.

Hayner, Priscilla B. « International Guidelines for the Creation and Operation of Truth Commission: A Preliminary Proposal » (1996) 59 *Law & Contemporary Problems* 173.

Henckaerts, Jean-Marie. « Étude sur le droit international humanitaire coutumier. Une contribution à la compréhension et au respect du droit des conflits armés », (2005) 87 *Revue internationale de la Croix-Rouge* 289.

Jacques, Lecomte. « La justice restauratrice », (2012) 2:40 *Revue du Mauss* 223.

Jia, Bing Bing. « The Doctrine of Command Responsibility Revisited, (2004) 3 *Chinese Journal of International Law* 1.

Jiangping, Lu., et Zhixiang, Wang. « China's Attitude Towards ICC », (2005) 3 *Journal of International Criminal Justice* 608.

Johnson, D.H.N. « Draft Code of Offense Against Peace and Security of Mankind », (1955) 4:3 *International and Comparative Law Quarterly* 445.

Kaminski, Marek M., et al., « Normative and Strategic Aspects of Transitional Justice », (2006) 50:3 *Journal of Conflict Resolution* 295.

Kleffner, Jann K. « The Impact of Complementarity on National Implementation of Substantive International Criminal Law », (2003) 1 *Journal of International Criminal Justice* 86.

Koskeniemi, Martti. « Between Impunity and Show Trials », (2002) *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 6.

Kress, Claus. « The Crime of Genocide under International Law », (2006) 6 *International Criminal Law Review* 461.

Kress, Claus. « The Darfur Report and Genocidal Intent », (2005) 3 *Journal of International Criminal Justice* 562.

Lambert-Abdelgawad, Elisabeth. « Le dessaisissement des tribunaux nationaux au profit des Tribunaux pénaux internationaux : un encadrement abusif par le droit international de l'exercice de la compétence judiciaire interne? » (2004) 108 Revue Générale de Droit International Public 407.

Lampe, Klauss Von. « Transnational Organized Crime Challenges for Future Research », (2012) 58 Crime Law Soc Change 179.

Laplane, Lisa J. « On the Indivisibility of Rights: Truth Commissions, Reparations and the Right to Development », (2007) 10 Yale Human Rights and Development Law Journal 141.

Laplane, Lisa J. « The Law of Remedies and the Clean Hands Doctrine: Exclusionary Reparation Policies In Peru's Political Transition », (2007) American University International Law Review 23.

Le Roy, Étienne. L'évolution de la justice traditionnelle en Afrique francophone, (1975) 9:1 Canadian Journal for African Studies 75.

LeBlanc, Lawrence J. « The United Nations genocide Convention and Political groups: Should the United States propose an amendment ? », (1988) 13 Yale Journal of International Law 268.

Lefranc, Sandrine. « La justice transitionnelle n'est pas un concept », (2008) 1:53 Mouvements la Découverte 61.

Lefranc, Sandrine. « La professionnalisation d'un militantisme réformateur du droit : l'invention de la justice transitionnelle », (2009) 3 :73 Droit et société 561.

Lefranc, Sandrine. « Les commissions de vérité: une alternative au droit? », (2008) 56 Revue internationale interdisciplinaire 129.

Leman-Langlois, Stéphane. « La vérité réparatrice dans la commission de vérité et de réconciliation d'Afrique du sud », (2006) Les cahiers de la justice n° 1, 209.

Lerner, Nathan. *Ethnic Cleansing*, (1994) 24 Israel Year Book of Human Rights 103.

Lippman, Mathieu R. « The Convention on The Prevention and Punishment of The Crime of Genocide » (1998) 15 Arizona Journal of International and Comparative Law 415.

Lippman, Matthew. « The 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: Forty-Five Years Later », (1994) 8 Temple International and Comparative Law Journal 1.

Loewenstein, Andrew B. et Kostas, Stephen A. « Divergent Approaches to Determining Responsibility for Genocide: The Darfur Commission of Inquiry and the ICJ's Judgment in the Genocide case », (2007) 5 Journal of International Criminal Justice 839.

Magraw, Daniel Barstow. « Transboundary Harm: The International Law Commission's Study of "International Liability », (1986) 80 American Journal of International Law 305.

Maison, Rafaël. « Le crime de génocide dans les premiers jugements du TPIR », (1999) Revue générale de droit international public 129.

Mégret, Frédéric. « Qu'est-ce qu'une juridiction "incapable" ou manquant de volonté" au sens de l'article 17 du Traité de Rome? Quelques enseignements tirés des théories du déni de justice en droit international », (2005) Revue québécoise de droit international 1.

Meintjes, Garth. et Méndez, Juan E. « Reconciling Amnesties with Universal Jurisdiction », (2000) 2 International Law Forum du Droit International 76.

Méndez, Juan E. « Accountability for Past Abuses », (1997) 19 Human Rights Quarterly 255.

Méndez, Juan E., « National Reconciliation, Transitional Justice, and the International Criminal Court », (2001) Ethics & International Affairs 25.

Milanovic, Marko. « State Responsibility for Genocide », (2006) 17 European Journal of International Law 553.

Morris, Virginia. « *Prosecutor v. Kanyabashi*, Decision on Jurisdiction. Case No. ICTR-96-15-T », (1998) 92:1 The American Journal of International Law 66.

Moy, H. Abigail. « The International Criminal Court's Arrest Warrants and Uganda's Lord's Resistance Army: Renewing the Debate Over Amnesty and Complementarity », (2006) 19 Harvard Human Rights Journal 267.

Naqvi, Yasmin. « The Right to Know in International Law: Fact or Fiction? », (2006) 88:862 International Review of the Red Cross 245.

Orentlicher, Diane F. « "Settling Accounts" Revisited: Reconciling Global Norms with Local Agency », (2007) 1 The Yale International Journal of Transitional Justice 10.

Orentlicher, Diane F. « Settling Accounts: The Duty To Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime », (1991) 100 Yale Law Journal 2537.

Ouguerouz, Fatsah. « La tragédie rwandaïse du printemps 1994, quelques considérations sur les premières réactions de l'Organisation des Nations Unies », (1996) Revue générale de droit international public 149.

Parks, William H. « Command Responsibility for War Crimes », (1973) 62 Military Law Review 1.

Paust, Jordan J. « Genocide in Rwanda, State Responsibility to Prosecute or Extradite, and Nonimmunity for Heads of State and other Public Officials », (2011) 34:1 Houston Journal of International Law 57.

Pellet, Alain. « Can a State Commit a Crime? Definitely, Yes! », (1999) 10 European Journal of International Law 425.

Petrovic, Drazen. *Ethnic cleansing – An attempt at Methodology*, (1994) 5 European Journal of International Law 342.

Posner, Eric A., et Vermeule, Adrian. « Transitional Justice as Ordinary Justice », (2003) 17 Harvard Law Review 762.

Ramanathan, Usha. « Indian and the ICC », (2005) 3 Journal of International Criminal Justice 627.

Roberge, Marie-Claude. « Compétence des Tribunaux ad hoc pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda concernant les crimes contre l'humanité et le crime de génocide », (1997) 79 Revue internationale de la Croix-Rouge 695.

Robinson, Darryl. « Serving the Interest of Justice: Amnesties, Truth Commissions and International Criminal Court », (2003) 14:3 European Journal of International Law 481.

Sarkin, Jeremy. « The Trials and Tribulations of South Africa's Truth and Reconciliation Commission », (1996) 12 South African Journal of Human Rights 617.

Schaack, Beth Van. « The crime of political genocide: Repairing the genocide convention's blind spot », (1997) 106 Yale Journal of International Law 2259.

Schabas, William A. « Genocide and the International Court of Justice: Finally, a Duty to Prevent the Crime of Crimes », (2007) 2:2 Genocide Studies and Prevention 101.

Schabas, William A. « Genocide, Crimes Against Humanity, and Darfur: The Commission of Inquiry's Findings on Genocide », (2006) 27:4 Cardozo Law Review 1703.

Schabas, William A. « The relationship Between Truth Commission and International Courts: The Case of Sierra Leone », (2003) 25:4 Human Rights Quarterly 1035, à la p 1051.

Schmitter, Philippe C. « The Proto-science of Consolidology : Can it Improve the Outcome of the Contemporary Efforts at Democratization », (1994) 21:2 Politikon, aux pp 15-27.

Schwebel, Egon. « Crimes Against Humanity », (1946) 23 British Yearbook of International Law 178.

Sémelin, Jacques. « Qu'est-ce qu'un crime de masse ? Le cas de l'ex-Yougoslavie », (2000) Critiques internationales 143.

Sinatra, Cynthia. « The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and the Application of Genocide », (2005) 5 International Criminal Law Review 417.

Ssenyonjo, Manisuli. « The International Criminal Court and the Lord's Resistance Army Leaders. Prosecution or Amnesty ? », (2007) 7 International Criminal Law Review, aux pp 361-389.

Stahn, Carsten. « Complementarity, amnesties and alternative forms of justice: some interpretative guidelines for the International Criminal Court », (2005) 3 Journal of International Criminal Justice 695.

Stein, Ted L. « The Approach of Different Drummer: the Principle of the Persistent Objector in International Law » (1985) 26:2 Harvard International Law Journal 457.

Teitel, Ruti G. « The Law and Politics of Contemporary Transitional Justice », (2005) 38 Cornell International Law Journal 837.

Teitel, Ruti G. « Transitional Justice Genealogy », (2003) 16 Havard Human Rights Journal 69

Thibault, Jean-François. « De la responsabilité de protéger : le test échoué du Darfour », Sécurité mondiale, n°18, octobre 2005.

Thomson, Susan. « The Darker Side of Transitional Justice: The Power Dynamics Behind Rwanda's Gacaca's Courts », (2011) 81 Africa 373.

Thwaites, Nadine L. C. « Le concept de génocide devant la jurisprudence du T.P.I.Y. : avancées et ambiguïtés », (1997) Revue belge de droit international 565.

Tiba, Firew Kebede. « The Mengistu Genocide Trial in Ethiopia », (2007) 5:2 Journal of International Criminal Justice 513.

Tuzmukhamedoz, Bakhtiyar. « ICC and Russian Constitutional Problems » (2005) 3 Journal of International Criminal Justice 621.

Udombana, Nsongurua J. « An Escape from Reason: Genocide and the International Commission of Inquiry on Darfur » (2006) 40:1 The International Lawyer 41.

Vagts, Detlev F. « Which Courts Should Tried Persons accused of terrorism », (2003) 14 European Journal of International Law 313.

Van der Wilt, Harman G. « Genocide, Complicity in Genocide and International v. Domestique Jurisdiction », (2006) 4 Journal of International Criminal Justice 239.

Walling, C. Booth. « The History and Politics of Ethnic Cleansing », (2000) International Journal of Human Rights, n°3/4, 48.

Wouters, Jan, et Verhoeven, Sten. « The Prohibition of Genocide as Norm of *Ius Cogens* and its Implication for the Enforcement of the Law of Genocide », (2005) 5 International Criminal Law Review 401

Zakr, Nasser. « Analyse spécifique du crime de génocide dans le TPIR », (2001) Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 263.

Zorbas, Eugenia. « Réconciliation in Post-Genocide Rwanda », (2004) 1:1 African Journal of Legal Studies 29.

4. Articles non publiés ou à paraître

Burke-White, William W., & Kaplan, Scott. « Shaping the Contours of Domestic Justice: The International Criminal Court and an Admissibility Challenge in the Uganda Situation », (2008) Public Law and Legal Theory Research Paper Series, Research Paper No. #08-13.

Kolangelo, Antony J. « Jurisdiction, Immunity, Legality, and *Jus Cogens* », (2013) Chicago Journal of International Law, [À paraître].

Pellet, Alain. « Responsabilité de l'État et responsabilité pénale individuelle en droit international », Série de conférences à l'initiative du bureau du Procureur, (30 mai 2006), [document non publié].

Tams, Christian J., et Asteriti, Alessandra. « *Erga Omnes, Jus Cogens*, and their Impact on the Law of Responsibility », dans Koutrakos, Evans.(eds.), *The International Responsibility of the European Union*, Hart, 2013, [À paraître].

Vandeginste, Stef. « Reparation pour les Victimes de génocide, de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre au Rwanda », (2000-2011) L'Afrique des Grands Lacs. Annuaire, à la p 25. [Article non publié]. En ligne: <http://www.ua.ac.be/objs/00111773.pdf>, Consulté le 27 août 2013.

Wet, Erika de, « *Jus Cogens* and Obligations *Erga Omnes* », dans Shelton, Dinah. (ed.), *The Oxford Handbook on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press 2013, [À paraître].

2.1.4.1 Cours de l'académie de droit international

Dupuy, Pierre-Marie. « Le fait générateur de la responsabilité internationale de l'État », (1984) Recueil des cours de l'Académie de droit international, t. 188.

Gaven, Jean. « Les crimes contre l'humanité », (1950) Recueil des cours de l'Académie de droit international, vol. I, tome 76.

Mendelson, Maurice H. « The Formation of Customary International Law », (1998) 272 Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye.

Waldock, Sir Humphrey, « General Course on Public International Law », (1962) 106 Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye.

B. Instruments juridiques nationaux et internationaux

1. Traités et résolutions internationaux
 - a. Conventions internationales

Accord concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe et statut du tribunal international militaire de Nuremberg inclut en annexe. Londres, 8 août 1945. Le texte est reproduit dans (1945) 39 American Journal of International Law, Supplément, à la p 257.

Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples, Nairobi, 27 juin 1981, OUA Doc CAB/LEG/673 rev.5, 21 I.L.M. 58 (1982) (entrée en vigueur le 21 octobre 1986).

Charte des Nations Unies, 26 juin 1945, 1 R.T.N.U. 993 (entrée en vigueur le 24 octobre 1945).

Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 12 août 1949 ouvert à signature le 12 août 1949, 6 U.S.T. 3114, T.I.A.S No. 3362, 75 U.N.T.S 31 (entrée en vigueur le 21 octobre 1950).

Convention (II) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, 12 août 1949, ouvert à signature le 12 août 1949, 6 U.S.T. 3217, T.I.A.S No. 3363, 75 U.N.T.S 85 (entrée en vigueur le 21 octobre 1950).

Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 août 1949, ouvert à signature le 12 août 1949, 6 U.S.T 3316, T.I.A.S, No. 3364, 75 U.N.T.S. 135 (entrée en vigueur le 21 octobre 1950).

Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949, ouvert à signature le 12 août 1949, 6 U.S.T. 3516, T.I.A.S No. 3365, 75 U.N.T.S 287 (entrée en vigueur le 21 octobre 1950).

Convention Américaine des Droits de l'Homme 22 nov. 1969, 1144 NURT 123, OASTS 36 (entrée en vigueur le 18 juillet 1978)

Convention concernant les lois et coutumes de la guerre (12 octobre 1907).

Convention de Vienne sur le droit des Traités, U.N. Doc. A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331 (entrée en vigueur le 27 janvier 1980).

Convention européenne pour les Droits de l'Homme, 4 nov. 1950, EUR. TS. No 5, 213 NURT, 221 (entrée en vigueur le 1er octobre 1994).

Convention européenne sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité (1974), Série des Traités européens No. 82, (entrée en vigueur le 11 novembre 1970).

Convention international pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, RTNU I-48088, du 20 décembre 2006 (entrée en vigueur le 23 décembre 2010).

Convention pour la création d'une Cour pénal internationale, League des Nations, JO, Spéc. Supp. No. 156 (1936), LN Doc. C.547(I).M.384(I).1937.V (1938). (non entrée en vigueur).

Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, 9 décembre 1948, 78 R.T.N.U. 277, R.T. Cano 1949 n°27 (entrée en vigueur le 12 janvier 1951).

Convention relative aux droits de l'enfant, Rés. A. G. 44/25, Annexe, 20 novembre 1989, (entrée en vigueur le 2 septembre 1990).

Déclaration universelle des Droits de l'Homme 10 déc. 1948, Rés AG 217 A (III), Doc. O.N.U. A/810 (1948).

LaCharte du tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient, approuvée le 19 janvier 1946 par le commandant suprême des forces alliées en Extrême-Orient peut être consultée dans Boister Neil et Cryer Robert, Documents on Tokyo International Military Tribunal: Charter, Indictment and Judgments, Oxford, New York, Oxford University Press, 2008.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 16 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171 (entrée en vigueur le 23 mars 1976).

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux ET culturels, (1976) 943 R.T.N.U. 13 (entrée en vigueur le 23 mars 1976).

Protocole additionnel I aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, 1125 UNTS 3 du 8 juin 1977, (entrée en vigueur le 7 décembre 1979).

Protocole additionnel II aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits des conflits armés non internationaux, (1979) 1125 R.T.N.U. 3.

b. Résolutions et d'autres actes d'organisations internationales et régionales

A/RES/29/3314 (1974).

A/RES/33/173 (1978)

A/RES/45/165 (1990)

A/RES/47/132 (1992)

A/RES/57/228 (2002).

A/RES/57/228 B. (2003).

A/RES/59/314 (2005).

A/RES/60/147 (2006)

AG/Res/47/121 (1992).

Article de presse, SG/SM/9400 (2004)

Doc. O.N.U. S/RES/827 (1993)

Doc. O.N.U. S/RES/827 (1993).

Doc. off. NU CS/Rés./808 (1993)

Doc. ONU S/RES/955 (1994).

First report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances, E/CN.4/1435.

Haut Commissariat des Nations Unies aux Droits de l'Homme sur *Les Instruments de l'État de droit dans les sociétés sortant d'un conflit: les Commissions de vérité*, Nations Unies, New York, Genève, HR/PUB/06/1, 2006.

Haut Commissariat des Nations Unies pour les droits de l'Homme, *Rule-of-Law Tools for Post-Conflict States, Vetting: an operational framework*, HR/PUB/06/5 (2006), en ligne: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/RuleoflawVettingen.pdf>, Consulté le 9 août 2013.

Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, « Rule-of-Law Tools for Post-Conflict States: Amnesties », United Nations Publications, Sales No. E.09.XIV.1 New York, Geneva, 2009.

Question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'Homme (civils et politiques), rapport final révisé, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, (1997).

Question of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, E/CN.4/Sub.2/1985/6 (1985).

Rapport annuel de la C.I.D.H., 1985-1986, OEA/Ser.L/V/II.68, Doc. 8 rev 1, du 28 septembre 1986.

Rapport annuel de la C.I.D.H., 1987-1988, OEA/Ser.L/V/II. 74, Doc. 10 rev 1, du 16 septembre 1988.

Rapport de 1996 du Comité préparatoire sur la C.P.I., Preparatory Committee Report, (*PrepCom Report*).

Rapport de 2006 du Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme sur la *Promotion et Protection des droits de l'Homme: Étude sur le droit à la vérité*, E/CN.4/2006/91 du 8 février 2006.

Rapport de l'experte indépendante chargé de mettre à jour l'*Ensemble des principes pour la lutte contre l'impunité*, Diane Orentlicher, E/CN.4/2005/102/Add.1, 2005.

Rapport de l'experte indépendante chargé de mettre à jour l'*Ensemble des principes pour la lutte contre l'impunité*, Diane Orentlicher, E/CN.4/2005/102/Add.1, 2005.

Rapport de la C.D.I., sur les travaux de sa trente-et-unième session, 14 mai - 3 août 1979 (A/34/10).

Rapport de la C.D.I., U.N. GAOR, 46th Sess. Supp. No. 10, U.N. Doc.A/46/10 (1991).

Rapport de la C.I.D.H. No. 136/99, *Igancio Ellacuría et al c. El Salvador*, au para 221.

Rapport de la Commission d'enquête sur le Darfour au Secrétariat général des Nations Unies du 25 janvier 2005, UN Doc. S/2005/60.

Rapport de la Commission Internationale d'enquête sur le Darfour au Secrétariat général des Nations Unies du 25 janvier 2005, UN Doc. S/2005/60.

Rapport de Louis Joinet au Conseil économique et social des Nations Unies sur la *Question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme (civils et politiques)*, Rapport final révisé, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 1997.

Rapport de Louis Joinet au Conseil économique et social des Nations Unies sur la *Question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme (civils et politiques)*, rapport final révisé, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 1997.

Rapport du Comité ad hoc sur l'établissement d'une Cour pénale internationale, 50^e Sess., U.N. GAOR, 50th Sess., Supp. No. 22, U.N. Doc. A/50/22 (1995).

Rapport du Rapporteur spécial sur la *Promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition*, A/HRC/21/46, 9 août 2012.

Rapport du Rapporteur spécial sur la *Promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition*, A/67/368, 13 septembre 2012.

Rapport du Rapporteur spécial sur la *promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition*, Pablo de Greiff, A/HRC/21/46, 9 août 2012.

Rapport du Rapporteur spécial sur la *promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition*, Pablo de Greiff, A/HRC/21/46, 9 août 2012.

Rapport du Rapporteur spéciale sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition, Pablo de Greiff, A/HRC/21/46 (2012).

Rapport du Rapporteur spéciale sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition, Pablo de Greiff, A/HRC/21/46 (2012).

Rapport du Secrétaire général des Nations Unies au Conseil de sécurité sur le *Rétablissement de l'État de droit et l'administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit*, S/2004/616, 23 août 2004.

Rapport du Secrétaire général des Nations Unies établi conformément au paragraphe 2 de la résolution 808(1993) du Conseil de sécurité du 3 mai sur le Statut du T.P.I.Y., UN Doc. S/25704 (1993).

Rapport No. 30/97, Cas 10.087, *Gustavo Carranza v. Argentine*, Rapport annuel de la Commission interaméricaine des droits de l'Homme 1997, OEA/Ser.L/V/II.98, Doc. 7 rev. (1998).

RC/Res.6 (2010)

Res. 1056 (1987) ; Res. 1414 (2004)

Res. 1463 (2005)

S/1996/682 (1996)

S/RES/1029 (1995)

S/RES/1674 (2006)

S/RES/743 (1992)

S/RES/872 (1993)

S/RES/912 (1994)

S/RES/918 (1994)

S/RES/925 (1994)

S/RES/997 (1995)

U.N. Doc. SG/SM/8892 (2003).

UN Doc. S/25704 (1993).

United Nations Office of the High Commissioner of Human Rights, *Rule-of-Law Tools for Post-conflict States: Reparations*, New York, Genève, 2008.

United Nations War Crimes Commission, *History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War*, London: His Majesty's Stationery Office, 1948.

Whitaker Benjamin, *Étude sur la question de la prévention et de la répression du crime de génocide*, E/CN.4/Sub.2/1985/6 (1985).

La Conférence mondiale des droits de l'homme, *Déclaration et Programme d'action de Vienne*, A/CONF.157/23 (1993).

Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, Vol. II (2). A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2).

Projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, 6 mai - 26 juillet, 1996.

Projet de texte final sur le génocide qui excluait le « nettoyage ethnique » (A/C.6/SR.128)

Projet de texte initial sur le génocide qui incluait le « nettoyage ethnique » (A/C.6/SR.75)

Rapport de la C.D.I., GAOR Supp. No. 10, U.N. Doc. A/51/10 (1996).

UN Doc. A/51/10 (1996).

U.N. G.A. Res. 898 (IX) (14 Déc. 1954).

A/RES/37/123 (16 décembre 1982)

AG/RES. 666 (XIII-0/83), du 18 Novembre 1983

AG/RES. 742 (XIV-0/84) du 17 novembre 1984.

A/RES/47/121 (18 décembre 1992)

A/RES/48/153 (20 décembre 1993)

S/1994/640 (31 mai 1994)

A/RES/49/206/ (23 décembre 1994)

A/RES/1/96 (1946).

UN Doc. A/RES/1/96 (1946).

E/CN.4/Sub2/1996/17 (1996)

A/RES/51/51/115 (7 mars 1997).

E/CN.4/2000/62 (2000)

Observation générale n° 32, CCPR/C/GC/32 du 23 août 2007.

Question of International Criminal Jurisdiction, UN Doc. A/CN.4/15 (1950).

Rapport de la C.D.I., Cinquante-troisième session (avril 23 - juin 1 et 2 juillet - 10 août 2001), U.N. Doc. A/56/10 et corr. 1 (2001), au Chapitre 4.

A/HRC/RES/18/7, (2011)

U.N. Doc. S/RES/1894 (2009), aux paras 10-11.

2. Jugements et Décisions de tribunaux internationaux et nationaux

a. Jurisprudence du T.P.I.Y.

Le Procureur c. Goran Jelisić, IT-95-10, T.P.I.Y., (Chambre de première instance, Jugement du 14 décembre 1999)

Procureur c. Furundzija, IT-095-17-1/T., T.P.I.Y., (Chambre de première instance, Jugement du 10 Décembre 1998)

Procureur c. Blagojević et Jokić, IT-02-60-T, T.P.I.Y., (Chambre de première instance I, Jugement du 17 janvier 2005)

Procureur c. Blagojević et Jokić, IT-02-60-A T.P.I.Y., (Chambre d'appel, Jugement du 9 mai 2007)

Procureur c. Blažkić, IT-95-14, T.P.I.Y., (Chambre d'appel, Jugement du 29 octobre 1997)

Procureur c. Brdanin, IT-99-36-T, T.P.I.Y., (Chambre de première instance II, Jugement du 1er septembre 2004)

Procureur c. Delalic et consorts, IT-96-21-A, T.P.I.Y., (Chambre d'appel, Jugement du 20 février 2001)

Procureur c. Delić, IT-04-83-T, T.P.I.Y., (Chambre de première instance, Jugement du 15 septembre 2008)

Procureur c. Dusko Sikirica et al., Acte d'accusation: « Keraterm », IT-95-8-I, T.P.I.Y., (Chambre de première instance, Jugement du 21 juillet 1995)

Procureur c. Dusko Tadić, IT-94-1-A, T.P.I.Y., (Chambre d'Appel, Jugement du juillet 1999)

Procureur c. Goran Jelisic alias « Adolf » et Ranko Cesić, Actes d'accusation: « Brcko », IT-95-10-I, T.P.I.Y., (Chambre de première instance, Jugement du 21 juillet 1995)

Procureur c. Halilović, IT-01-48-I, T.P.I.Y., (Chambre d'appel, Décision du 16 octobre 2007)

Procureur c. Jelisić, IT-95-10, T.P.I.Y., (Chambre de première instance, Jugement du 14 décembre 1999)

Procureur c. Jelisić, IT-95-10-A, T.P.I.Y., (Chambre d'appel, Jugement du 5 juillet 2001)

Procureur c. Kambanda, ICTR-97-23-A, T.P.I.R., (Chambre d'appel, Arrêt du 19 octobre 2000)

Procureur c. Karadžić et Mladić, IT-95-5-R61 et IT-95-18-R61, T.P.I.Y., (Chambre de première instance, jugement du 11 juillet 1996)

Procureur c. Krstić, IT-98-33-A, T.P.I.Y., (Chambre d'appel, Jugement du 19 avril 2004)

Procureur c. Krstić, IT 98-33-T, T.P.Y., (Chambre de première instance, Jugement du 2 août 2001).

Procureur c. MileMrksic, Mirowslav Radic, et Veselin Sljivancanin, Acte d'accusation dans le cadre de l'article 61: « Hôpital de Vukovar », IT-95-13-R61., T.P.I.Y., (Chambre de première instance, Décision du 3 avril 1996)

Procureur c. MileMrksic, Mirowslav Radic, et Veselin Sljivancanin, Audience de l'article 61, IT-95-13-R61, T.P.I.Y., (Chambre de première instance I, Jugement du 20 mars 1996).

Procureur c. MileMrksic, Mirowslav Radic, et Veselin Sljivancanin, Acte d'accusation dans le cadre de l'article 61: « Hôpital de Vukovar », IT-95-13-R61., T.P.I.Y., (Chambre de première instance, Décision du 3 avril 1996)

Procureur c. Mucić et al., IT-96-21-A, T.P.I.Y., (Chambre d'appel, Jugement du 20 février 2001)

Procureur c. Naser Orić, IT-03-68-A, T.I.I.Y., (Chambre d'appel, Jugement du 3 juillet 2008)

Procureur c. Nindabahizi, ICTR-01-74-T, T.P.I.Y., (Chambre de première instance, Jugement du 15 juillet 2004)

Procureur c. Radislav Krstić, IT-98-33, T.P.I.Y., (Chambre de première instance, Jugement du 2 août 2001)

Procureur c. Radovan Karadzic et Ratko Mladic, Examen de l'acte d'accusation dans le cadre de l'article 61 du Règlement de procédure de preuve, (Décision de la Chambre de première instance I), T.P.I.Y., IT-95-5-R61 et IT-95-18-R61., T.P.I.Y., (Décision de la Chambre de première instance I du 11 juillet 1996).

Procureur c. Tadić, IT-94-1, T.P.I.Y., (Chambre d'appel, Jugement du 2 octobre 1995)

Procureur c. Zeljko Meakic et al., Acte d'accusation: « Omarska », IT-95-4-I, T.P.I.Y., (Chambre de première instance, Jugement du 13 février 1995)

2.2. Jurisprudence du T.P.I.R.

Procureur c. Akayesu, ICTR-96-4-T, T.P.I.R., (Chambre de première instance, Jugement du 2 septembre 1998)

Procureur c. Bagilishema, ICTR-95-1A-T, T.P.I.R., T.P.I.R., (Chambre de première instance, Jugement du 7 juin 2001)

Procureur c. Bagosora et al., ICTR-98-41-T, (Chambre de première instance I, Jugement du 18 décembre 2008)

Procureur c. Bikindi, ICTR-01-72-T, (Chambre de première instance, Jugement du 2 décembre 2008)

Procureur c. Kambanda, ICTR-97-23-S, T.P.I.R., (Chambre de première instance I, Jugement, 4 septembre 1998)

Procureur c. Kanyabashi, ICTR-96-15-T, T.P.I.R., (Chambre de première instance II, Jugement du 18 juin 1997).

Procureur c. Kayishema et Ruzindana, ICTR-95-1-A, T.P.I.R., (Chambre d'appel, Jugement du 1er juin 2001).

Procureur c. Kayishema et Ruzindana, ICTR-95-1-T, T.P.I.R., (Chambre de première instance, Jugement du 21 mai 1999)

Procureur c. Musema, ICTR-96-13-A, T.P.I.R., (Chambre d'appel, Jugement du 16 novembre 2001)

Procureur c. Musema, ICTR-96-13-T, T.P.I.R., (Chambre de première instance I, Jugement du 27 janvier 2000)

Procureur c. Nahimana et al., ICTR-99-52-T, T.P.I.R., (Chambre de première instance, Jugement du 3 décembre 2003)

Procureur c. Niyitegeka, CTR-96-14-A, T.P.I.R., (Chambre d'appel, Jugement du 9 juillet 2004)

Procureur c. Ruggiu, ICTR-97-32-I, T.P.I.R., (Chambre de première instance, Jugement du 1^{er} juin 2000).

Procureur c. Rutaganda, ICTR-96-3-T, T.P.I.R., (Chambre de première instance, Jugement du 6 décembre 1999)

c. Cour pénale internationale

Cour pénale internationale, Chambre préliminaire II, *Procureur c. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo et Dominic Ongwen*, *Décision ouvrant une procédure en vertu de l'article 19, invitant au dépôt d'observations et portant désignation d'un conseil de la Défense*, N° ICC 02/04-01/05 (21 octobre 2008).

Cour pénale internationale, *Le Procureur c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey et Joshua Arap Sang (Situation en République du Kenya)*, *Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case*, Doc. ICC-01/09-01/11-101 (30 mai 2011).

d. Arrêts et jugements de la Cour Internationale de Justice

Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J., Recueil 2006.

Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, arrêt, 27 juin 1986, C.I.J., Recueil, 1986.

Affaire de l'Asile diplomatique, (Colombie c. Pérou), arrêt, 20 novembre 1950, C.I.J., Recueil, 1950, à la p 277.

Affaire du Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949.

Affaire du droit d'asile (Colombie c. Pérou), arrêt, 20 novembre 1950, C.I.J., Recueil, 1950.

Affaire du Lotus, (France c. Turquie), Cour permanente de justice internationale (C.P.J.I.), 7 septembre 1927, ser. A, n° 10.

Affaire du Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte), arrêt, 3 juin 1985, C.I.J., Recueil, 1985.

Affaire du Plateau continental entre la Lybie et Malte, C.I.J., Recueil, 1985.

Affaire relative à l'Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie (Serbie et Monténégro)), mesures conservatoires, ordonnance du 8 avril 1993, C.I.J., Recueil 1993.

Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie (Serbie et Monténégro)), ordonnance du 8 avril 1993 (demande en indication de mesures conservatoire), C.I.J., Recueil 1993.

Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie (Serbie et Monténégro)), ordonnance du 13 septembre 1993 (nouvelles demandes en indication de mesures conservatoires), C.I.J., Recueil 1993.

Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie (Serbie et Monténégro)), arrêt du 11 juillet 1996 (exception préliminaires), C.I.J., Recueil 1996.

Affaires du Plateau continental de la Mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c. Danemark ; République fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas), arrêt, 20 février 1969, C.I.J., Recueil, 1969.

Arrêt du 12 avril 1960, Droit de passage sur le territoire indien (Portugal c. Inde), C.I.J., Recueil 1960.

Arrêt du 5 février 1970, Barcelona Traction Light and Power Company (Belgique c. Espagne), C.I.J., Recueil, 1970.

Avis Consultatif du 28 Mai 1951 (Réserve à la Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide), C.I.J., Recueil, 1951.

Avis consultatif du 4 février 1932 sur le traitement des nationaux polonais de Dantzig, C.I.J., Recueil, 1932.

Avis consultatif du 8 juillet 1996 relatif à la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, C.I.J., Recueil 1996.

Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004.

e. Jugements de la C.P.J.I.

C.P.J.I., *Affaire Wimbledon* du 17 août 1923.

C.P.J.I. Série A n° 17 du 13 septembre 1928.

2.6. Jugement de la Cour européenne des droits de l'Homme

C.E.D.H., Arrêt *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979.

C.E.D.H., Arrêt *De Haes et Gijssels c. Belgique* du 24 février 1997.

C.E.D.H., Arrêt *Golder* du 21 février 1975, Série A, n° 18.

C.E.D.H., Arrêt *McVicar c. Royaume-Uni* du 7 mai 2002.

C.E.D.H., Arrêt *Steel et Morris c. Royaume-Uni* du 15 février 2005.

C.E.D.H., Arrêt, Arrêt *Ashingdane c. Royaume Uni* du 28 mai 1985.

C.E.D.H., Arrêt, Arrêt *De Haes et Gijssels c. Belgique* du 24 février 1997.

C.E.D.H., jugement du 10 mai 2001, *Chypre c. Turquie*, Application N°. 25781/94.

C.E.D.H., jugement du 10 mai 2001, *Chypre c. Turquie*, Application N°. 25781/94.

C.E.D.H., jugement du 14 novembre 2000, *Tas c. Turquie*, Application No. 24396/94.

C.E.D.H., *Osman c. Royaume Uni*, jugement du 28 octobre 1998.

f. Jurisprudence nationale

Affaire Pol Pot - Ieng Sary, ancien Premier et Vice-Premier ministres du Cambodge, poursuivis et condamnés à mort par contumace pour « génocide » (Jugement du 19 août 1979, dans Doc. off. NU AG/34/491 (20 septembre 1979) AG NU).

A-G Israel c. Eichmann, (1968) 36 International Law Report 5 (District Court, Jerusalem)

Fédération nationale des déportés et internés résistants et patriotes et autres c. Barbie (affaire Barbie), Cass. Crim., 20 Décembre 1985, n° 85-95166, Bulletin criminel 1985, n° 407.

House of Lords, *Osman v. Ferguson*, [1989] AC 53.

Maurice Papon, Cass. Crim., 23 janvier 1997, n° 96-84822.

Paul Touvier, Cass. Crim., 27 novembre 1992, n° 92-8240.

R. c. Munyaneza, 2009 QCCS 4865, [2009] R.J.Q. 2836 (Que. S.C.).

United States of America v. Yamashita, (1948) 4 LRTWC 1, dans *re Yamashita*, 327 US 1(1945).

g. Jurisprudence et Communication de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme

Arrêt *Velasquez Rodriguez* (Exceptions Préliminaires), (1987) 1 C.I.D.H., (Ser. C).

C.I.A.D.H., *Bamaca Velasquez c. Guatemala*, Ser. C, n° 70.

C.I.D.H., *Blake c. Guatemala*, jugement du 24 janvier 1998.

C.I.D.H., jugement du 29 juillet 1988, Cas de *Velásquez Rodríguez*.

Communication n° 263/1987, *González del Río c. Pérou*.

Communication n° 837/1998, *Kennedy c. Trinité-et-Tobago*.

Cour interaméricaine des droits de l'Homme (ci-après : C.I.A.D.H.), *Massacre de Plan de Sánchez c. Guatemala*, Ser. C, n° 105.

h. Décisions et déclarations de la Commission africaine des droits de l'Homme et des Peuples

Amnesty International c. Soudan, Communications N°. 48/90, 50/91, 52/91, 89/93 (1999).

Union africaine, Commission africaine des droits de l'Homme et des Peuples, DOC/OS (XXX) 247.

C. Actes d'onglet documents issus de conférences internationales ou de la presse

Activités du T.P.I.R., Inculpation et détention (situation à la fin 2011), en ligne: <http://www.trial-ch.org/fr/ressources/tribunaux/tribunaux-penaux-internationaux/tribunal-penal-international-pour-le-rwanda/activites-du-tpir.html>, Consulté le 20 août 2013.

Association du droit international (International Law Association), Final Report of the Committee on the Formation of Customary (General) International Law, Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law, Report of the Sixty-Ninth Conference, (ci-après: Rapport I.L.R.) Londres, 2000.

BBC News, D R Congo Pygmies appeal to UN, (2003), en ligne <http://news.bbc.co.uk/2/hi/africa/2933524.stm>, Consulté le 29 juillet 2013.

Beschluss des Oberten Gerichtshofs, OS 99/94-6, 13 juillet 1994, en ligne: www.ris.bka.gv.at/jus, consulté le 16 août 2013.

Coker Rory, « Distinguishing Science and Pseudoscience », 2005, en ligne: <http://www.hartnell.edu/faculty/dorzech/15d/Pseudoscience.pdf> Consulté le 12 juillet 2013.

Duckworth Nicola, directrice du programme Europe et Asie centrale d'Amnesty International, « Il faut instaurer la justice dans toute l'ex-Yougoslavie », 29 août 2009, en ligne: <http://www.amnesty.org/es/node/5866>, Consulté le 17 août 2013.

Forrest Drew, « Body Has Served National Reconciliation », Business Day (South Africa) 3 août 1998.

G.T.D.F.I., Compilation d'Observations générales sur la Déclaration des Nations unies, *Observation générale sur le droit à la vérité dans le contexte des disparitions forcées*, p. 31, para. 4, accessible à http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disappearances/GeneralCommentsDisappearances_fr.pdf, Consulté le 7 août 2013.

Hall Christopher, « Suggestions concerning International Criminal Court prosecutorial policy and strategy and external relations », Contribution to an Expert Consultation Process on General Issues Relevant to the ICC Office of the Prosecutor, 28 March 2003. En ligne: <http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/hall.pdf>. Consulté le 5 juin 2013.

Human Rights Watch, « Policy paper: the meaning of “the interests of justice” in Article 53 of the Rome Statute », juin 2005, pp. 4–6. En ligne: <http://hrw.org/campaigns/icc/docs/ij070505.pdf>. Consulté le 6 juin 2013.

Indianist missionary council, en ligne: <http://www.cimi.org.br/site/pt-br/>, Consulté le 29 juillet 2013.

International Centre for Transitional Justice, www.ictj.org, consulté le 2 mai 2013.

International Commission of Jurists, *The Question of the Tibet and the Rule of Law*, Geneva, International Commission of Jurists, 1959.

Intervention d'Olivier de Frouville membre du G.T.D.F.I., Treizième session du Conseil des droits de l'Homme Panel sur le droit à la vérité, en ligne: http://www.frouville.org/Publications_files/INTERV-DROITVERITE-DEF.pdf, Consulté le 6 août 2013.

Kriesberg Louis, « Paths to Varieties of Inter-communal Reconciliation », document présenté lors de la 17^e Conférence générale de l'Association Internationale de Recherche sur la Paix (International Peace Research Association), Durban, South Africa, juin 22-26, 1998.

New York Times, « Hussein Charged with Genocide in 50 000 Deaths », 5 avril 2006, A1.

Perry Michael, « A Stolen Generation Cries Out », Reuter, 20 mai 1997, en ligne: <http://www.hartford-hwp.com/archives/24/088.html>, Consulté le 29 juillet 2013.

Ternon Yves, Perception et prévention du génocide, Berlin, du 2 au 15 mars 2003, <<http://www.imprescriptible.fr/dossiers/ternon/perception-prevention>>, Consulté le 11 mai 2013.

The Sunday Leaders du 15 mai 2011, « War Crimes, Genocide Case Filed In Norway Courts », en ligne: <http://www.thesundayleader.lk>, Consulté le 29 juillet 2013.

Yale University Law School, « Indonesian Human Rights Abuses in West Papua: Application of the Law of Genocide to the History of Indonesian Control », 2004, en ligne: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Intellectual_Life/West_Papua_final_report.pdf, Consulté le 29 juillet 2013.

D. Statut de juridictions internationales

Statut de la Cour internationale de justice, 26 juin 1945, R.T. Can. no.7 (entrée en vigueur : 24 octobre 1945).

Statut de Rome sur la CPI, 17 juillet 1998, A/CONF.183/9, (entrée en vigueur le 1er juillet 2002).

Statut du T.P.I.R., Rés. CS 955, Doc. Off. CS NU, 3453e séance, Annexe, Doc. NU S/Res/955 (1994).

Statut du TPIY, 25 mai 1993, Rés. CS 827, Doc. Off. CS NU, 48e sess., Doc. NU S/Res/827 (1993).